

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von
D. Christian Friedrich von Glück
Geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Nach des Verfassers Tode fortgesetzt
von
D. Christian Friedrich Mühlenbruch
Geheimen Justizrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der vereinten Friedrichs-Universität in Halle, Ritter des rothen Adler-Ordens dritter Klasse.

Sechs und dreyßigster Theil.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1833.



Fortsetzung des Titels:

De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis.

§. 1421. f.

a) Von der Ergänzungsklage (actio ad supplendam legitimam).

Die Ergänzungsklage [1]) ist durch Justinian eingeführt, um die Anfechtung eines Testaments wegen Verletzung des Pflichttheilrechts nach Möglichkeit zu verhüten. Schon zur Zeit der classischen Juristen konnte ganz entschieden die Querel dadurch ausgeschlossen werden, daß durch irgend eine letztwillige Anordnung des Testators, selbst durch Schenkungen von Todes wegen dem Pflichttheilsberechtigten so viel zugewendet wurde, als seine Legitima betrug [2]). Außer Zweifel also auch, wenn der Testirer bestimmt hatte, daß dem Notherben dasjenige, was an dem Pflichttheile etwa fehle, aus dem Nachlasse ergänzt werden solle; denn immer ist es hier der testamentarisch ausgesprochene Wille (judicium testatoris [3]),

1) S. hierüber Bd. VII. dieses Commentars §. 550. S. 142 fgg. Nr. II.

2) L. 8. §. 6. D. *de inoff. test.* — Vgl. §. 6. J. *eod.* und oben Bd. XXXV. §. 1421. d. S. 315 fgg. Nr. I.

3) S. Brissonius de V. S. v. *judicium* §. 4. und Schulting in der jurisprudentia vetus ante-Justinianea p. 398. not. 20.

wodurch dem Notherben gewährt wird, was ihm gebührt. Die L. 4. Theod. Cod. *de inoff. test.* (II. 19.), ein Rescript des Kaisers Constantius[4]) aus dem Jahre 361, führte daher schwerlich etwas Neues ein[5]), wie sich auch schon aus ihrer Fassung ergiebt. Es lautet so: „Cum scribit moriens, ut arbitratu boni viri, si quid minus filiis sit relictum, quam modus quartae — — — efflagitat, id ipsum ab herede eisdem in pecunia compleatur, *manifestum est*, nullam jam prorsus — super testamento — — querelam remanere — —". Bestätigt wird dies durch folgende Stelle aus den sententiae receptae des Paulus[6]): „Filius judicio patris si minus quarta portione consecutus sit, ut quarta sibi a coheredibus fratribus

4) Nicht Constantin, wie gewöhnlich angenommen wird. S. *Jac.* GOTHOFREDUS in commentar. ad h. l. und WENCK in dessen Ausg. der fünf ersten Bücher des Theod. Codex, not. 9. ad h. l.

5) *Guil. Jo. L. Baron.* DE SCHLEINITZ commentatio de actione, qua ad legitimam portionem supplendam agitur. (Gott. 1819.) Tit. I. cap. I. §. 7. S. 12. — Das Gegentheil behauptet J. Gothofredus a. a. O. Die Legitima habe ohne Hinzufügung von Bedingungen und Zeitbestimmungen, überhaupt auf feste und bestimmte Art angeordnet werden müssen; es sey daher der Zweifel entstanden, ob auf die oben gedachte Art verfügt werden könne? und diesen Zweifel habe der Kaiser durch seine Constitution beseitigt. Allein über alles dies findet sich nicht die geringste Andeutung in dem Gesetze; auch war die Hinterlassung des Pflichttheils selbst nie vom Ausdruck abhängig, sondern lediglich der mit Sicherheit erkennbare Wille des Testirers entscheidend. S. Bd. XXXV. §. 1421. d. S. 320 fg.

6) Lib. IV. Tit. V. §. 7

citra inofficiosi querelam impleatur, jure desiderat." Wenn also der Vater einem Kinde im Testament weniger als den Pflichttheil zuwendet, so soll die Klage auf Ergänzung des Pflichttheils auch ohne eine darauf gerichtete besondere Anordnung statt finden, jedoch nur, wenn der betheiligte Notherbe mit zu Erben eingesetzten Geschwistern zusammentrifft. Hierbei weichen denn die Rechtslehrer noch im Einzelnen unter sich ab, indem die meisten annehmen, dem Notherben sey die Wahl gegeben, entweder auf Ergänzung des Pflichttheils anzutragen, oder die Querel anzustellen [7]), andere dagegen der Meinung sind, daß derselbe unbedingt auf ein Ergänzungsrecht beschränkt gewesen sey; ausserdem unterscheiden Viele noch, ob der Pflichttheilsberechtigte zum Erben eingesetzt sey, oder nicht; im letzteren Falle soll es beim sonstigen Rechte geblieben seyn, d. h. wenn die Enterbung nicht zu rechtfertigen gewesen, habe der Enterbte die Querel gehabt, und nur im ersteren Falle eine Klage auf Ergänzung der Legitima statt gefunden [8]).

7) von Schleinitz (l. l. S. 18.), der übrigens ebenfalls diese Meinung billigt, nimmt an, daß in der Gestattung der Wahl zwischen dem Ergänzungsrecht und der Querel eine starke Anomalie liege, da die Querel überhaupt ja nicht mit anderen Rechtsmitteln electiv concurrire, sondern nur in subsidium statt finde. Allein nur bei gleicher Wirksamkeit anderer Rechtsmittel wird die Querel ausgeschlossen (s. oben Bd. XXXV. §. 1421. e. S. 358 fgg. not. 37.); der Vorwurf einer Anomalie wäre also, auch bei vorausgesetzter Richtigkeit dieser Erklärung, in jedem Falle leicht zu beseitigen.

8) Vgl. Chifletius de portionib. legit. c. 15. (in Ottonis thes. T. V. p. 760.). Cujacius und Schulting ad h. l. *Pauli* (in jurisprud. vetus ante-Justinianea p. 398.

Da indessen der Unterschied, welcher nach allen diesen Erklärungen zwischen Geschwistern, die mit einander concurriren, und anderen Notherben gemacht wird, weder genügend motivirt werden kann, noch andere Quellenzeugnisse für sich hat, so verdient wohl jene Erklärung der Stelle des Paulus den Vorzug, wodurch sie mit dem sonst bekannten Rechte aus dieser Zeit in Uebereinstimmung gebracht wird. Eine solche Erklärung nun liegt sehr nahe, indem man die Worte „judicio patris" nur nicht gerade auf den Theil beziehen darf, welchen der Testirer seinem Sohne wirklich aussetzt (wie dieß gemeinhin geschieht), sondern — wozu vollkommen eben so gut der ganze Zusammenhang paßt [9]) — auf die Verfügung des Testirers, daß der Notherbe nachfordern solle, was am Pflichttheile noch fehlt. Statt also zu construiren: Filius si judicio patris minus quarta portione consecutus sit u. s. w. würde die Construction so lauten: Filius, si minus quarta portione consecutus sit, judicio patris, ut quarta sibi — — impleatur, jure desiderat; und noch näher schließt sich an die lateinische Wortfügung folgende Uebersetzung:

not. 19. 21.). *de* Schlebnitz l. l. §. 8. p. 17 sqq. (Nr. 2. 3.) und p. 22. §. 9. Franke das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten §. 25. S. 328. — Uebrigens will Chifletius, mit anderen, diese Bestimmung auch auf andere Pflichttheilsberechtigte bezogen wissen.

9) Die Lesart *in judicio* patris, welche die gewöhnliche Erklärung allerdings begünstigt, scheint keine handschriftliche Auctorität für sich zu haben, sondern eben um jener Erklärung willen von Cujacius und Schulting in den Text aufgenommen zu seyn. Sie findet sich in der Ausgabe von Hugo nicht einmal erwähnt.

„der Sohn kann in Gemäßheit einer darauf gerichteten väterlichen Verfügung, wenn ihm weniger als der vierte Theil zugewendet ist, das Fehlende von seinem Miterben nachfordern.“ So verstanden enthält nun die Stelle allerdings eine Bestätigung des Satzes, daß schon zur Zeit der juristischen Klassiker, die von einem Testirer auf den Fall, daß das Hinterlassene nicht hinreichend seyn sollte, angeordnete Ergänzung des Pflichttheils die Querel ausschloß; allein mehr auch nicht. Sie drückt nur aus, was ja sonst auch bekannt war, daß es bei Hinterlassung des Pflichttheils nicht auf den Ausdruck ankomme, soferne nur die Zuwendung, mittelbar oder unmittelbar, durch letztwillige Verfügung erfolgt[10]), und darum kann denn auch unbedenklich angenommen werden, daß dies nämliche Recht nicht blos für Kinder, sondern auch für andere Pflichttheilsberechtigte galt.

Wie aber, wenn die Zuwendung unter Lebenden geschehen war[11])? Daß die Einrechnung solcher Zuwen-

10) Auf dieses längst bestandene Recht, die Ergänzung des Pflichttheils im Testamente anzuordnen, deutet auch die Institutionenstelle hin, welche den Inhalt von Justinians Constitution über Ergänzung der Legitima referirt, nämlich der §. 3. J. *de inoff. test.*, wo es heißt: wenn auch nur etwas hinterlassen sey, so solle stets an die Stelle der Querel das Ergänzungsrecht treten, „licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam (legitimam partem) compleri.“

11) Hierbei muß man an solche Pflichttheilsberechtigte denken, welche der väterlichen Gewalt des Testirers nicht unterworfen sind. — Gestritten wird darüber: ob nach dem früheren Rechte dergleichen Schenkungen schlechthin ungiltig blieben, falls sie nicht durch Testament ausdrücklich bestätigt, oder dem Beschenkten bei einer nachmaligen Emancipation desselben gelassen waren, ob also später erst das für Schenkun-

dungen in den Pflichttheil auf giltige Weise zur Bedingung gemacht werden konnte, wurde bereits an einem anderen Orte [12]) mit Beziehung auf L. 25. pr. D. *de inoff. test.* [13]) angenommen. Nur durfte hierin kein eigentlicher Verzicht auf die Querel liegen [14]), und darum

gen unter Ehegatten geltende Recht, nämlich die Convalescenz derselben durch den frühern Tod des Schenkers, hierauf angewandt wurde, — oder ob hierbei noch ein Unterschied in Betracht kam, — je nachdem nämlich der Schenkende mit Hinterlassung eines Testaments, oder ohne ein solches gestorben war, und im ersten Falle es einer Bestätigung im letzten Willen bedurfte? (Die Stellen, worauf sich diese Controverse gründet, so wie die Schriftsteller, welche sie behandeln, sind angeführt in meiner doctrina Pandectar. Vol. III. §. 563. not. 12 — 15. d. 3. Aufl. Den Letzteren ist noch beizufügen: Wilh. Franke civilist. Abhandl. (Gött. 1826.) S. 229 fgg.) Welcher Ansicht man aber auch zugethan seyn mag, immer kann bei der im Texte aufgeworfenen Frage von Hauskindern nicht die Rede seyn, indem die diesen von ihren Vätern gemachte Schenkung entweder überall nicht galt, oder doch nur als Schenkung Todes halber bestehen konnte.

12) Bd. XXXV. §. 1421. c. S. 301 fg. Nr. 2.

13) Diese Stelle mag hier noch einmal stehen, da die folgende Ausführung eine öftere Beziehung auf dieselbe nöthig macht: *Ulp.* Lib. II. disputation. „Si non mortis causa fuerit donatum, sed inter vivos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur, potest dici, inofficiosi querelam cessare, si quartam in donatione habeat, aut si minus habeat, quod deest, viri boni arbitratu repleatur, aut certe conferri oportere (*Hal. oportet*) id, quod donatum est.

14) L. 35. §. 2. Cod. *de inoff. test.* S. oben Bd. XXXV. §. 1421. b. S. 267 fgg. und §. 1421. e. S. 438 fgg.

auch nicht verabredet werden, daß das Geschenkte an die Stelle der Legitima treten solle. Mochte immerhin bei der nach dem Tode des Erblassers eintretenden Berechnung des Pflichttheils sich das Resultat ergeben, daß der Notherbe nichts weiter erhalten könne, weil das ihm unter der Bedingung der Einrechnung bereits Gegebene soviel, oder mehr noch, als sein Pflichttheil betrug; es lag in der Annahme einer solchen Gabe doch kein offenbarer Verzicht auf sein Notherbenrecht, wie in dem Falle, wenn dabei erklärt wurde, daß er jedenfalls seines Pflichttheils halber dadurch abgefunden seyn solle. Also, hiervon abgesehen, gilt der Grundsatz, daß, falls nur dem formellen Notherbenrechte genügt ist, die Zuwendung des Pflichttheils selbst an keine Form gebunden sey, sondern auf jegliche Weise geschehen könne[15]), auch für solche Schenkungen unter Lebenden, die mit der Bedingung der Einrechnung gemacht sind. — Eine andere Frage aber ist (und gerade darauf kommt es hier an): was nun eintritt, wenn das Gegebene weniger als der Pflichttheil beträgt? So viel ist auch hier als gewiß anzunehmen, daß, wenn der Erblasser den Notherben auf den Pflichttheil eingesetzt, oder aber die Ergänzung des Fehlenden im Testamente angeordnet hatte, darnach auch verfahren werden mußte, indem widrigenfalls der Satz: Schenkungen unter Lebenden sind in die Legitima einzurechnen, wenn sie unter dieser Bedingnng gemacht wurden, bedeutungslos gewesen seyn würde[16]). — Wie nun aber, wenn sich hierüber nichts im Testamente angeordnet fand? — mochte es an aller und jeder Bestim-

15) Bd. XXXV. §. 1431. d. S. 315 fgg. (Nr. I.)

16) Vgl. *Jan. a Costa* ad §. 3. *Inst. de inoff. test.*

mung deßfalls fehlen, oder gleich bei der Schenkung ausgemacht seyn, daß der Notherbe sich mit seinem Pflichttheile begnügen, das an demselben Fehlende aber dereinst von den Erben des Schenkers nachfordern solle. — Für beide Fälle nun darf man wohl behaupten, daß dem Notherben sein volles Recht verblieben sey. Denn wenn bei einem völligen Stillschweigen über die Ergänzung des Fehlenden dennoch nur hierauf angetragen werden konnte, wozu hätte es alsdann der Constitution Justinians überall noch bedurft? Und wenn der Notherbe sich im Voraus durch die Pflichttheilsquote für abgefunden erklärt, so liegt hierin wieder ein Erbverzicht, da dieser Fall offenbar ganz verschieden von dem ist, wo der Notherbe nur einwilligt, sich das Empfangene künftig in seinen Pflichttheil einrechnen zu lassen; denn dort hängt sein Recht lediglich von dem Vertrage, hier dagegen zunächst davon ab, ob überall ein Testament vorhanden ist, und ob solches nach Form und Inhalt zu Recht bestehen kann, oder nicht? Man nehme z. B. an, daß die bei der Schenkung gemachte Vereinbarung: der Beschenkte solle das noch an dem Pflichttheil Fehlende nach dem Tode des Testirers ergänzt bekommen, giltig sey, so würde er nicht nur durch Testament willkührlich ausgeschlossen werden, sondern auch an der Intestaterbfolge keinen eigentlichen Antheil nehmen, vielmehr nur die Ergänzung als eine Schuld der Erben fordern können; wogegen, wenn blos die Einrechnung in den Pflichttheil ausbedungen wurde, er auf diesen nur beschränkt ist, soferne ihn ein sonst giltiges Testament von dem übrigen Vermögen ausschließt.

Wenden wir uns nunmehr wieder zu der angeführten Stelle **Ulpians** (L. 25. pr. D. *de inoff. test.*)

so finden wir bald, daß sie durchaus nichts enthält, was auch nur entfernt auf ein nothwendiges Ergänzungsrecht und den Ausschluß der Querel durch dasselbe bezogen werden könnte. Die Frage ist: kann der Pflichttheil auch durch eine Handlung unter Lebenden wirksam zugewendet und also dadurch die Querel gegen ein Testament ausgeschlossen werden, dem ausserdem nichts entgegen steht? Ulpian nun unterscheidet zwei Fälle: Entweder hat der Notherbe seinen Pflichttheil vollständig erhalten; alsdann kann angenommen werden, die Querel falle weg (*potest dici*, querelam cessare) — vorausgesetzt nämlich, daß in der Art, wie die Zuwendung geschehen ist, kein Verzicht auf die Querel liegt. Oder es ist dies nicht der Fall; alsdann hat der Notherbe die Wahl, ob er auf Ergänzung antragen, oder, mit Einwerfung des Erhaltenen in die Erbmasse, die Querel anstellen will. Letzteres ist zwar nicht buchstäblich ausgedrückt, aber es geht aus dem Gesagten von selbst hervor. — Die Collation geschieht bekanntlich zu dem Zwecke, um mit anderen Descendenten gemeinschaftlich erben zu können [17], und der Collationsverbindlichkeit unterworfen waren in jedem Falle auch gewöhnliche Schenkungen alsdann, wenn sie unter der Bedingung, in den Erbtheil eingerechnet zu werden, gemacht wurden [18]. Nimmt man nun an, daß in dem

17) L. 1. pr. D. *de collatione* (XXXVII. 6.). L. 17. Cod. *de collationib.* (VI. 20.).

18) Gestritten wird darüber, ob nach dem Rechte der Pandecten emancipirte Kinder auch die ihnen vom Vater simpliciter gemachten Geschenke conferiren mußten, oder nur, wenn die Bedingung der Einrechnung hinzugefügt war? (M. s. über diese Streitfrage Franke civilistische Abhandlungen S. 221

Falle, wovon Ulpians Stelle handelt, ein emancipirter Sohn, den der Vater seines Pflichttheils wegen durch eine Schenkung abgefunden zu haben glaubte, mit Geschwistern concurrirte, welchen der Testirer seine ganze Verlassenschaft zugewandt hatte, so muß der Erstere, will er anders vermittelst der Querel seinen vollen Intestaterbtheil erhalten, das Empfangene in die gemeinsame Masse einwerfen. Denn daß die Mittel, wodurch Jemand sein Erbrecht durchsetzt, auf seine Collationspflicht keinen Einfluß haben können, versteht sich von selbst; zum Ueberfluß ist es aber auch in der L. 17. Cod. *de collationib.* ausdrücklich bestimmt, daß die gewöhnliche Collation eintreten solle, auch wenn das Testament durch contra tabulas bonorum possessio oder querela inofficiosi testamenti rescindirt werde. — Hiernach können die Schlußworte nur den ihnen beigelegten Sinn haben, und überhaupt enthält nach dieser Erklärung die Stelle nichts, was mit den oben entwickelten Grundsätzen im Widerspruch stände.

Indessen ist nicht zu läugnen, daß Alles noch viel besser zusammenhängt, wenn man annimmt, daß die Worte: „at si minus habeat, quod deest viri boni arbitratu repleatur" durch Interpolation in den Text gekommen seyen [19]. Die Annahme einer Interpolation

— 242.). In dem letztern Falle mußten sie es gewiß (L. 20. in f. Cod. *de collat.*), und darum hat auch dieser Streit für uns kein Interesse, da die L. 25. D. *de inoff. test.*, mit deren Erklärung wir uns hier beschäftigen, gerade von einer solchen Schenkung spricht, die „hac contemplatione, ut in quartam habeatur" gemacht ist.

19) Man s. dafür die oben Bd. XXXV. §. 1421. c. S. 302. not. 2. angeführten Schriftsteller, denen noch beizufügen ist:

rechtfertigt sich zunächst durch den Mangel an grammatischem Zusammenhange zwischen dem eingeschobenen und dem vorausgehenden, so wie dem folgenden Satze; die Construction des Ganzen, wie es jetzt lautet, wird auch um nichts besser, wenn man mit Beck der Haloandrinischen Lesart conferri *oportet*, statt *oportere* den Vorzug giebt. Auch fanden wohl die Compilatoren in den Worten: „si quartam in donatione habeat" eine hinreichende Veranlassung, das von Justinian eingeführte Ergänzungsrecht eines unvollständig hinterlassenen Pflichttheils hier einzumischen [20]), obgleich dies auf eine sehr ungeschickte Weise geschahe, indem dadurch eine alternative Befugniß, entweder auf Ergänzung zu klagen, oder das Erhaltene zu conferiren, wie sie zu Justinians Recht nicht eigentlich paßt, zum Vorscheine kam [21]). Nimmt

Pothier Pand. Justin. T. I. p. 191. not. b. — Franke spricht an mehrern Stellen seiner Schrift über Notherbenrecht davon; nämlich S. 236 fg. und S. 330.

20) Bartolus (in comment. ad h. l.) bemerkt gegen die Glosse, welche eine Interpolation annimmt, etwas derb: „Istud non est verum, nam compositores Digestorum non cognoverunt jura novissima". Allein Justinians Constitution über Ergänzung des Pflichttheils ist aus dem Jahre 528, folglich konnten die Compilatoren sie bei der mehrere Jahre später erfolgenden Redaction der Pandecten sehr füglich vor Augen haben.

21) Fr. Connanus (comment. jur. civil. Lib. IX. c. 10. Nr. 5.) vertheidigt die Aechtheit der Stelle aus dem Grunde, weil ja auch schon vor Justinian der Testirer habe wirksam anordnen dürfen, das an dem Pflichttheil Fehlende solle arbitratu boni viri ergänzt werden. Der Grund selbst ist richtig, hier aber durchaus unanwendbar, da die verdächtigen Worte so wenig an sich, noch in ihrem Zusammen-

man also an, daß ursprünglich die oben erwähnten Worte fehlten, — daß also Ulpian schrieb: „potest dici, inofficiosi querelam cessare, si quartam in donatione habeat, aut certe conferri oportere id quod donatum est“—, so hängt das Ganze nicht nur in grammatischer Hinsicht sehr gut zusammen, sondern es fällt auch die Möglichkeit weg, die vorangehenden Worte so zu verstehen, als ob durch Schenkungen unter Lebenden die Querel stets ausgeschlossen werde, wenn nur der Notherbe dadurch seinen Pflichttheil vollständig erhalten habe; eine Interpretation, welche, wenn man die obigen Worte für ächt hält, die allgemeine Fassung des Ausdrucks für sich hat, und daher nicht ohne einige künstliche Wendung beseitigt werden kann.

Doch, wie gesagt, für den jetzt hier zur Frage stehenden Gegenstand kommt der erste Satz von Ulpians Stelle überall nicht in Betracht, ein absolutes Ergänzungsrecht des unvollständig hinterlassenen Pflichttheils aber findet sich darin nirgends angeordnet. Es bleibt daher bei dem oben bereits angedeuteten Resultate, welches man jetzt so ausdrücken kann: bis auf Justinians Constitution (L. 30. C. *de inoff. test.*) konnte an die Stelle der Querel ein bloßes Ergänzungsrecht des unvollständig hinterlassenen Pflichttheils nur in dem Falle treten, wenn dies also im Testamente bestimmt war, mochte übrigens die Zuwendung des Theils im Testamente selbst, oder durch eine unter der Bedingung der Einrechnung gemachte Schenkung unter Lebenden geschehen seyn.

Bei Justinians Gesetz nun kommt zweierlei in Be-

hange auf ein im Testamente angeordnetes Ergänzungsrecht bezogen werden können.

tracht: sein Inhalt an sich, und das Verhältniß des dadurch eingeführten Ergänzungsrechts zu dem damals (d. h. vor Erlassung der Nov. 115.) geltenden Notherbenrecht überhaupt; in der letzten Beziehung frägt sich nämlich: ob, wenn dem Notherben nur etwas hinterlassen ist, was in den Pflichttheil eingerechnet werden muß, dadurch alle und jede Rechtsmittel wegfallen sollen, also nicht blos die querela inoff. test., sondern auch die durch Verletzung des formellen Notherbenrechts bedingten (contra tabulas bonorum possessio und sog. Nullitätsklage)? Dafür spricht allerdings der allgemeine Ausdruck des Gesetzes, indem Justinian sagt: „Omni modo testatorum voluntatibus prospicientes, magnam et innumerabilem occasionem subvertendae eorum dispositionis amputare censemus, et in certis casibus, in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis, *vel alio modo* subvertendis moveri solebat actio, certa lege tam mortuis consulere, quam liberis eorum, vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat". — Indessen steht die Untersuchung hierüber mit der Geschichte des förmlichen Notherbenrechts in der innigsten Verbindung; sie mag daher, um unnütze Wiederholungen zu vermeiden, bis dahin ausgesetzt bleiben, zumal die Erörterung des hauptsächlichen Inhalts der Constitution eher gewinnen als verlieren kann, wenn man dabei auf jedes mögliche Resultat jener Untersuchung Rücksicht nimmt.

Was nun zuvörderst

1) die Personen anbelangt, für welche dies Ergänzungsrecht angeordnet ist, so spricht das Gesetz ganz ausdrücklich von allen Pflichttheilsberechtigten [22]; es geht

22) L. 30. pr. C. *de inoff. test.* — „quam liberis — vel *aliis personis*, quibus eadem actio competere poterat".

mithin auch auf Geschwister, da diesen aber so gut als den Descendenten und Ascendenten ein Pflichttheilsrecht zukommt [23]). Im Zweifel sind daher auch andere das Ergänzungsrecht betreffende Aeußerungen auf sämmtliche zur Querel berechtigte Personen zu beziehen, wenn sie gleich buchstäblich nur von Kindern sprechen [24]), und nur wenn Inhalt oder Zweck eines Gesetzes deutlich auf das Gegentheil hinweisen, ist es auf die in demselben ausdrücklich genannten Arten der Notherben zu beschränken [25]).

Betrachten wir hiernächst

2) die Bedingungen, unter welchen der Notherbe auf ein bloßes Ergänzungsrecht beschränkt wird, so ist vor allen Dingen erforderlich, daß ihm aus dem Vermögen des Testirers etwas zugewandt sey, was in den Pflichttheil eingerechnet werden muß [26]). Dieß können auch gewöhnliche Schenkungen seyn, welche unter der

23) *de* SCHLEINITZ comment. cit. §. 19. Franke Notherbenrecht §. 25. S. 329. — Vgl. Bd. XXXV. dieses Comment. §. 1421. S. 89 — 139.

24) Demnach würde auch die L. 35. §. 2. C. *de inoff. test.* (s. unten Note 30.) allgemein von allen Notherben zu verstehen seyn (vgl. Bd. XXXV. dieses Commentars §. 1421. b. S. 250. und S. 300. a. E.), auch wenn dies nicht in dem Schlußsatze dieser Stelle (§. 3.) ausdrücklich angeordnet wäre.

25) Dies ist z. B. der Fall bei der Vorschrift der Nov. 115. c. 5. pr. (s. unten Note 33.); denn da das in diesem Gesetze angeordnete neue Notherbenrecht selbst auf Descendenten und Ascendenten beschränkt ist, so kann auch jene Vorschrift, wonach die gedachten Personen nur, wenn sie zu Erben eingesetzt sind, auf eine Ergänzungsklage beschränkt seyn sollen, auf Geschwister nicht bezogen werden.

26) Darüber s. Bd. XXXV. §. 1421. c. S. 294 — 315.

Bedingung, selbige in den Pflichttheil einzurechnen, gemacht sind. Darüber könnte wohl kaum ein Zweifel entstehen, fehlte es in Justinians Gesetz an aller Bestimmung über die Art und die Objecte der Zuwendung. Denn da aus überwiegenden Gründen angenommen werden kann, daß früher schon eine mit der Bedingung der Einrechnung gemachte Schenkung die Querel ausschloß, falls nur im Testamente die Ergänzung des Fehlenden angeordnet war (S. oben S. 4.), so würde daraus, daß der Kaiser jetzt allemal das Ergänzungsrecht eintreten lassen will „sive adjiciatur in testamento de adimplenda legitima portione, sive non" [27]) von selbst folgen, daß auch ohne eine solche Anordnung dergleichen Schenkungen nur ein Recht auf Ergänzung des Pflichttheils zu klagen, begründen könnten. Indessen bestimmt der Kaiser ausdrücklich, daß der Notherben im Testamente selbst Erwähnung geschehen und ihnen durch das Testament etwas zugewendet worden seyn müsse: „Et haec quidem de his personis statuimus, quarum mentionem *testantes* fecerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate, vel legato, vel fideicommisso, licet minorem legitima portione reliquerint" [28]). Alles ist hier so deutlich und bestimmt, daß man nicht umhin kann, anzunehmen, Justinian habe wirklich beabsichtigt, die Klage auf Ergänzung des Pflichttheils ohne eine darauf gerichtete Verfügung des Testators nur dann an die Stelle der Querel treten zu lassen, wenn dem Notherben im Testamente selbst etwas zugewendet worden sey. Doch in einer späteren Constitution (aus dem Jahre

27) L. 30. pr. C. *de inoff. test.*

28) L. 30. pr. in f. Cod. *de inoff. test.*

530), worin der Kaiser die Ungiltigkeit eines Verzichts auf die Querel beim Leben des Erblassers festsetzt[29]; wird zugleich bestimmt, daß die ohne Vorbehalt erfolgte Annahme oder Anerkennung dessen, was der Testirer dem Notherben testamentarisch, oder durch eine *inter vivos donatio* mit der Bedingung der Einrechnung zugewendet habe, dem Notherben nicht nachtheilig sey, sondern ihm das Recht verbleibe, die Ergänzung des Pflichttheils zu fordern[30]. Daraus geht denn allerdings mit unzweifelhafter Gewißheit hervor, daß auch im Falle einer solchen Schenkung sein Recht sich auf die Ergänzungsklage beschränke[31], und es ist für das praktische Resultat ganz gleichgiltig, ob dies jetzt erst so bestimmt werden sollte, oder ob Justinian in dieser Hinsicht nichts Neues anzuordnen glaubte[32]. Immer

29) L. 35. §. 1. C. *de inoff. test.*

30) L. 35. §. 2. C. *de inoff. test.* „Et generaliter definimus, quando pater minus legitima portione filio reliquerit, vel aliquid dederit, vel mortis causa donatione, *vel inter vivos*, sub ea conditione, ut haec inter vivos donatio in quartam ei computetur, si filius post obitum patris hoc, quod relictum vel donatum est, simpliciter agnoverit — —; non adjiciens, nullam sibi superesse de repletione quaestionem, nullum sibi filium facere praejudicium, sed legitimam partem repleri".—

31) Vgl. DE SCHLEINITZ l. l. §. 23. p. 61., und Franke a. a. O. S. 330.

32) Darauf führt der Umstand, daß Justinian eigentlich nur entscheiden will, ob die unbedingte Annahme das Ergänzungsrecht ausschließe? mithin vorauszusetzen scheint, daß eine weiter gehende Berechtigung dem Beschenkten nicht zustehen könne, — wozu denn freilich seine Aeusserung in L. 30. pr. C. *eod.* nicht recht passen will.

aber muß hierbei doch vorausgesetzt werden, daß ein Testament errichtet sey, und nur das kann noch gefragt werden, ob in demselben des Notherben gedacht seyn müsse, oder nicht? Bei Geschwistern, und, bis auf die Novelle 115, auch bei Eltern war dies nicht nöthig. In Ansehung der Descendenten aber kommt es darauf an, wie man über das Verhältniß des Justinianischen Ergänzungsrechts zu dem formellen Notherbenrecht denkt. (S. oben S. 15.) Hiernach war denn entweder die bloße Zuwendung eines in die Legitima einzurechnenden Vermögenstheils für genügend zu achten, oder aber ausserdem noch eine förmliche Einsetzung oder Enterbung nöthig. Nach der Novelle 115. c. 3 und 4. kann nun freilich jenes auf keinen Fall mehr genügen, wenn Descendenten oder Ascendenten als Notherben zu berücksichtigen sind; es ist vielmehr erforderlich, daß diese — falls nicht ihre gänzliche Ausschließung nach Vorschrift dieses Gesetzes geschehen kann — zu Erben eingesetzt werden [33]. — Daß übrigens eine zu Recht beständige Enterbung, auch wenn dem Enterbten etwas zugewendet wird, das Ergänzungsrecht allemal ausschließe, würde sich auch ohne die darüber im Gesetz enthaltene ausdrückliche Bestimmung [34]) von

33) Nov. 115. c. 5. pr. „Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum injuria liberos reddamus. Caeterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus jussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus, quicquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri". — Franke a. a. O. S. 330 fg.

34) L. 30. pr. cit. — „si tamen non ingrati legitimis modis arguantur". — Vgl. *de* Schleinitz l. l. §. 22. p. 58. Nr. 1. §. 24. p. 62. §. 36. p. 85.

selbst verstehen, und eben so wenig kann es Gegenstand eines gegründeten Zweifels seyn, daß die bloße Einsetzung des Notherben, ohne daß demselben etwas aus dem Vermögen des Erblassers zugewendet wird, zur Anwendung von Justinians Constitution nicht genüge, da eine Ergänzung von selbst durch das Vorhandenseyn eines Theils, welcher ergänzt werden soll, bedingt ist[35]). Der Ergänzungsklage bedarf es aber nicht, wenn der Testirer den Notherben eingesetzt, allein ihm die Restitution der Verlassenschaft, oder eines so großen Theils derselben, daß er dadurch an seinem Pflichttheile verletzt erscheint, aufgetragen hat. Denn da alle Lasten und Beschwerden, soweit solche den Pflichttheil betreffen, ipso jure ungiltig sind[36]), so kann der Notherbe in diesem Falle den ihm gebührenden Theil retiniren, oder aber das zu viel Gezahlte mit der condictio indebiti, oder der rei vindicatio zurückfordern[37]).

35) Vgl. oben Bd. XXXV. §. 1421. d. S. 320 — 323., und *de* Schleinitz in d. ang. Commentat. §. 24. p. 64 sqq.

36) L. 32. L. 36. pr. und §. 1. C. *de inoff. test.* (S. Bd. XXXV. §. 1421. d. S. 324 fgg.).

37) L. 39. D. *de cond. ind.* (XII. 6.), arg. L. 1. §. 11. L. 26. pr. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV. 2.) — *de* Schleinitz comment. cit. p. 75. — Nur dann fällt die Zurückforderung weg, wenn die Restitution des Ganzen, oder eines größeren Theils, als wozu man genöthigt werden konnte, freiwillig geschehen ist, oder der Notherbe sich dabei doch nur in einem Rechtsirrthume befand, welcher hier die Zurückforderung verhindert. L. 9. §. 5. D. *de juris et facti ignor.* (XXII. 6.), L. 7. C. *de fideic.* (VI. 42.); L. 7. C. *de condict. indeb.* (IV. 5.); arg. L. 2. C. *si advers. solution.* (II. 33.). — S. das Archiv f. civilist. Praxis Bd. II. S. 393 fg. — Bei der Allgemeinheit der

Es ist aber ferner

3) auch noch die Natur des Rechtsmittels selbst, mittelst welches die Ergänzung gefordert wird, hier in Erwägung zu ziehen. Nach der gewöhnlichen Meinung ist dies eine gegen die Erben gerichtete, aus einer gesetzlichen obligatio entspringende Personalklage, actio suppletoria oder expletoria, auch condictio ex L. 30. C. *de inoff. test.* genannt, welche letztere Benennung wir schon bei der Glosse finden [38]. Nach einer anderen, jedoch nicht sehr verbreiteten Ansicht ist es eine sog. in rem scripta actio [39]. Diese Ansicht stützt sich zunächst darauf, daß Justinian vorschreibt, die Ergänzung solle aus der Substanz des Vermögens selbst geschehen [40], woraus man denn schließt: der Notherbe könne jeden Besitzer von Erbschaften, namentlich also nicht blos den Erben, sondern auch Vermächtnißnehmer in Anspruch nehmen. Demnächst beruft man sich zur Unterstützung auch noch auf einige Stellen, die vom patronatischen

desfallsigen Bestimmungen unserer Quellen muß angenommen werden, daß eine durch bloßen Rechtsirrthum veranlaßte Leistung auch die Befugniß ausschließe, das zu viel Gezahlte mit der Eigenthumsklage zurück zu fordern.

38) Die Accursische Glosse enthält nämlich bei den Worten: „ad implendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere" die Bemerkung: *condictione ex hac lege.*

39) Sie findet sich, wie es scheint, zuerst bei Bartolus, jedoch nur der Sache nach, indem er den Namen actio in rem scripta nicht hat. M. s. Bartolus de *Saxoferrato* super secunda parte infortiati ad L. In quartam (91) D. *ad Leg. Falcid.* in f. — S. auch die Bd. VII. des Commentars §. 550. S. 146. not. 73. angeführten Schriften.

40) L. 36. pr. in f. C. *de inoff. test.*

Erbrechte handeln [41]. Diese Stellen nun können hier überall nichts beweisen, wenn auch überhaupt von dem Pflichttheil des Patrons ein Schluß gelten könnte auf die Legitima verwandter Personen [42]. Denn da der Patron, dem die ihm gebührende Erbquote nicht zugewendet wurde, bonorum possessio contra tabulas erhielt [43], so konnte er auch die einem Erben zu Gebote stehenden Rechtsmittel ausüben [44]. Aber eben so wenig darf man sich hier auf die erwähnte Vorschrift Justinians beziehen. Denn, daß der Pflichttheil aus der Substanz des Vermögens hinterlassen und ergänzt werden soll, heißt nur: es sollen bloße Nutznießung und zufällige Vortheile, die der Notherbe durch Beerbung des Testirers erhalten kann, hier nicht gerechnet, sondern bei Berechnung des Pflichttheils soll der wirkliche Vermögenswerth beim Tode des Erblassers in Anschlag gebracht werden [45].

Nicht begründeter ist die von Rechtsgelehrten des ersten Ranges vertheidigte Meinung, daß es eine eigenthümliche Ergänzungsklage gar nicht gebe, sondern die Ergänzungsklage gar nicht gebe, sondern die Ergänzung nach dem präsumtiven Willen des Testirers gefordert werde, mithin der Notherbe — je nachdem ihn der hinterlassene Theil als Erben oder als Vermächtnißnehmer

41) L. 10. pr. L. 20. §. 2. und 3. D. *de bonis libertor.* (XXXVIII. 2.)

42) M. s. hierüber Bd. XXXV. des Commentars §. 1421. b. S. 266 fg.

43) L. 3. §. 10. D. *de bonis libertor.*

44) L. 1. L. 2. D. *de bon. poss.* (XXXVII. 1.) de SCHLEINITZ l. l. §. 12. p. 38.

45) S. Bd. XXXV. des Commentars §. 1421. d. S. 325 fgg.

zugewendet worden — das Fehlende mit der hereditatis petitio, der actio familiae herciscundae, oder der actio legati vel fideicommissi, sein Recht geltend mache[46]. Soll diese Meinung mit Consequenz durchgeführt werden, so folgt aus ihr, daß da, wo nach dem ausgedrückten oder sonst erkennbaren Willen des Testirers, der Notherbe auf das ihm Hinterlassene eingeschränkt seyn soll, Justinians Constitution nicht zur Anwendung kommen könne, sondern nunmehr das vollständige Notherbenrecht wirksam werde, also dem verletzten Notherben die gewöhnlichen Impugnativmittel gegen das Testament zustehen. In der That wird dies auch von A. Faber behauptet[47]. Allein hieraus ergiebt sich hauptsächlich das Irrige dieser ganzen Ansicht, indem diese Folgerung nicht blos dem Zwecke des Gesetzgebers geradezu widerstreiten würde[48], sondern auch in einem offenbaren Widerspruche mit einer späteren Vorschrift des Kaisers steht, nach welcher: wenn ein Notherbe nur eingesetzt ist, sey es auch mit der Bestimmung, sich mit dem Hinterlassenen zu begnügen, dennoch kein Impugnativmittel gegen das Testament, sondern lediglich das Ergänzungsrecht statt finden soll[49].

46) Chifletius de port. leg. c. 15. in f. Nr. 4. A. Faber error. pragmat. Dec. XIV. Error. VIII. Bachovius ad inst. Tit. de inoff. test. §. 4. Nr. 2. A. Vinnius ad eand. §. 4. Nr. 2. Unterholzner ausführl. Entwickelung der Verjährungslehre Bd. II. §. 171.

47) l. l. p. (ed. Lugd. 1598) 341 squ.

48) S. Bd. XXXV. d. Comment. §. 1421. d. S. 323. a. E. fg.

49) Nov. 115. c. 5. pr. Die hieher gehörige Stelle lautet nach der Vulgata so: „Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus jussi fuerint esse contenti,

Unläugbar hat die gemeine Meinung nicht blos den Buchstaben des Gesetzes, sondern auch die Uebereinstimmung mit allgemeinen Begriffen und Rechtsgrundsätzen für sich. Der Kaiser ordnet an: es möge der Testirer die Ergänzung befohlen haben, oder nicht, so solle dennoch das Testament zu Recht bestehen, der Notherbe aber das an dem Pflichttheil Fehlende fordern dürfen. — Das Gesetz führt also ein von dem Willen des Testirers ganz unabhängiges Forderungsrecht ein. Er fügt hinzu: dagegen solle auch den ernannten Erben der Beweis nichts helfen, daß der Notherbe die Ausschließung verdiene — falls nicht der Testirer selbst dies erklärt habe [50]. Schon hieraus geht hervor, daß die Forderung nicht allgemein (in rem scripta) seyn, sondern nur wider die Erben statt finden solle. Bestimmter noch ist dies in der Nov. 115. c. 5. pr. erklärt, wo es heißt: quicquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges *ab heredibus* (παρὰ τῶν κληρονόμων) impleri" [51]. Da nun also ein For-

hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus, quicquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri."

50) L. 30. pr. C. *de inoff. test.* — „Nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebat ejus heredibus ingratos eos nominare, et hujusmodi quaestionem introducere."

51) *Claud. de* BATTANDIER de legit. art. XVI. (in den tractat. aliquot de legit. Neost. 1594. p. 748. b.) *de* SCHLEINITZ l. l. p. 33. et 39. (Doch ist dieser seiner Ansicht nicht ganz getreu geblieben. S. unten Not. 66. und den dazu gehörigen Text.) Franke Notherbenrecht. S. 53. fg.

derungsrecht unmittelbar durch Gesetz begründet, die Klage selbst aber nicht näher bezeichnet ist, so darf man dieser wohl den Namen einer condictio ex Lege beilegen [52]. Man könne sie darnach auch für eine stricti juris actio halten [53]; doch liegt freilich die Einführung neuer stricti juris actiones nicht in dem Geiste von Justinians Gesetzgebung, und eben so wenig paßt hiezu der ganz arbiträre Charakter dieser Klage: es ist nämlich zu ermitteln, ob der Notherbe seinen Pflichttheil vollständig empfangen habe, wobei auch auf gewisse beim Leben des Erblassers bereits erhaltene Zuwendungen Rücksicht genommen wird; es soll ihm ferner die Pflichttheils-Quote ohne Verzug aus dem Vermögen gewährt werden, wie solches beim Tode des Erblassers beschaffen war [54], mithin gebühren ihm von selbst die Aufkünfte

52) Arg. L. un. D. *de condict. ex Lege* (XIII. 2.) „Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est." — Ed. Gans über römisches Obligationenrecht (Heidelb. 1819.) S. 25 fg.

53) Denn daß die eigentlichen Condictionen, auch wenn sie aus der natürlichen Billigkeit entsprungen sind, sämmtlich stricti juris actiones waren, wird man jetzt wohl kaum bezweifeln, zumal es dafür auch ein ausdrückliches Zeugniß giebt, nämlich in der Paraphrase des Theophilus und §. 3. Inst. *de exceptionib.* — Vgl. Gans über römisches Obligationenrecht §. 3. Meine Beurtheilung dieser Schrift in den Heidelberger Jahrbüchern für Literatur. Jahrg. 1821 S. 55 — 57.

54) L. 32, L. 36. pr. und §. 1. C. *de inoff. test.* — An der letzten Stelle heißt es: „omnem dilationem omnemque moram esse subtrahendam, ut quarta pars pura et mox filio restituatur."

dieser Quote [55]), und, wenn sich auch nicht schon aus anderen Aeusserungen (s. Note 52) schliessen liesse, daß die gewöhnlichen Folgen eines Verzugs bei dieser Forderung eintreten sollen, so würde dies doch aus der ausdrücklichen Bestimmung folgen, es soll die Ergänzung allemal boni viri arbitratu geschehen [56]). Hiernach ist denn die gemeine Meinung für richtig zu halten, daß die Ergänzungsklage dem Wesen nach eine bonae fidei actio [57]), und das Gesuch des Klägers darauf zu richten sey: daß Beklagter dasjenige, was dem Kläger an dem gebührenden Pflichttheile mangelt, demselben — mit allen Nutzungen, nebst Erstattung aller Schäden (oder des gesammten Interesses) auszuantworten schuldig [58]).

55) S. Bd. XXXV. des Commentars §. 1421. d. p. 329.

56) L. 36. pr. cit. „etsi non adjiciatur, *viri boni arbitratu repleri filio*, attamen ipso jure inesse *eandem repletionem*."

57) S. *de* Schleinitz Comment. cit. p. 33. in f. squ. — Für stricti juris hält sie Chifletius de portione legit. cap. XV. (in Ottonis thes. T. V. p. 761), freilich mit der Modifikation, daß auch die Früchte seit dem Todestage des Erblassers mit derselben gefordert werden können. — Für das heutige Recht kommt hierauf ohnehin nichts an, sondern es wird in der Regel jede Klage nach den für die römische arbitrariae und bonae fidei actiones geltenden Grundsätzen behandelt, wenn nicht die besondere Natur des zu Grunde liegenden Rechts ein anderes mit sich bringt (wie z. B. bei der Wechselklage), wobei denn aber wieder nicht die für die römische stricta judicia geltenden, sondern dem Rechtsverhältnisse entsprechende eigenthümliche Normen zur Anwendung kommen. S. meine doctrina Pandectar. Vol. II. §. 329. Nr. 6. der 3. Aufl.

58) Schmidt practisches Lehrb. von gerichtlichen Klagen und

Auf einem offenbaren Mißverständnisse beruht es aber, wenn v. Schleinitz unsere Klage eine mixta actio nennt, weil sie nicht blos reipersecutorisch, sondern möglicherweise auch auf Verfolgung einer Strafe gerichtet sey, sofern nämlich Justinian in einer späteren Constitution [59]) bestimme, daß der eingesetzte Erbe, welcher sich weigere, dem Notherben den ihm gebührenden Theil auszuzahlen, und auch sogar einem ihn verurtheilenden richterlichen Erkenntnisse nicht nachkomme, noch ein Drittheil mehr, als dem Notherben hinterlassen sey, zahlen müsse [60]). Das Gesetz spricht aber nur von dem Testamente eines Ascendenten, welcher einem oder einigen Descendenten den größten Theil seines Vermögens zuwendet, den andern einen geringeren, jedoch wenigstens soviel als die Legitima beträgt. Weigern jene die Auszahlung, selbst nachdem sie zu derselben schon richterlich verurtheilt

Einreden §. 552. — Die Meinung einiger Rechtslehrer, daß die Ergänzungsklage durch eine stillschweigende Hypothek gesichert sey, ist durch den Irrthum veranlaßt, daß der Notherbe nicht ex lege, sondern ex testamento klage. S. dagegen *Ant.* Merendae controvers. jur. Lib. XIII. c. 1. nr. 12.

59) L. 33. pr. Cod. *de inoff. test.*

60) *de* Schleinitz Comment. cit. §. 11. p. 34 sqq. — Noch unrichtiger ist der Sinn der angeführten Constitution von Glück in dem VIIten Bde des Commentars §. 546. S. 92. dahin bestimmt: daß, wenn der eingesetzte Erbe dem Notherben nicht gutwillig sofort nach dem Tode des Erblassers den Pflichttheil auszahle, sondern sich deshalb erst verklagen und verurtheilen lasse, derselbe noch den dritten Theil mehr, als dem Notherben zum Pflichttheile hinterlassen worden, zur Strafe geben müsse. — Vgl. auch daselbst §. 550. S. 152 u. f. fg.

sind, so sollen sie den Letzteren noch ein Drittheil mehr zahlen, als das ihnen Hinterlassene beträgt [61]). Abgesehen also davon, daß die Stelle nicht von Notherben überhaupt, sondern nur von Descendenten handelt, welche mit Descendenten concurriren, so ist in ihr auch nicht entfernt von dem gesetzlichen Ergänzungsrecht, und überhaupt nicht von der Ergänzung eines unvollständig hinterlassenen Pflichttheils, sondern von den Folgen des Ungehorsams gegen die ausdrücklichen Anordnungen des Testirers die Rede; sie gehört folglich in keiner Beziehung hieher [62]).

61) „Si quis suo testamento maximam quidem portionem libero relinquat, minusculam autem alii, vel aliis de stirpe sua progenitis, *ipsam tamen legitimam* — — — — — — et ille quidem, qui ex parvulo genitoris sui consequitur substantiam, eam suscipere maluerit; (d. h., wenn der, welcher den kleineren Theil erhalten soll, damit zufrieden ist), qui autem ex majore parte eam amplexus est, sive unus sive plures sint, non statim et sine contentioso proposito vel ulla mora eam restituere voluerit, sed expectato judiciorum strepitu — — post longum tempus ex sententia judicis vix eam reddiderit, crudalitatem ejus competenti poena aggredimur, ut — — — non tantum in id, quod testator voluit eum restituere condemnatur, sed etiam aliam tertiam partem quantitatis, quae fuerit in testamento derelicta — reddere cogatur.“ — Unbestimmtes und Ueberflüssiges ist freilich auch in den hervorgehobenen Worten der Constitution immer noch genug. Wer aber aufmerksam lies't und mit Justinians Darstellungsweise einigermaßen vertraut ist, wird über den Sinn nicht zweifelhaft seyn können.

62) S. Marezoll über den wahren Sinn der const. 33. pr. C. 3, 28, in der von ihm, Linde und Wening-Ingenheim herausgegebenen Zeitschrift für Civilr. und Pro-

Es ist also die Ergänzungsklage eine persönliche, gegen die eingesetzten Erben oder Miterben gerichtete, und zwar, da solidarische Verbindlichkeit nicht angeordnet ist, wider jeden nach Maaßgabe seines Erbtheils, so jedoch, daß derjenige, welcher selbst Notherbe, und auf nicht mehr als den ihm gebührenden Intestaterbtheil eingesetzt ist, gar nicht in Anspruch genommen werden kann [63].

zeß. Bd. III. Obs. XX. S. 362 fg. Die richtige Erklärung findet sich im wesentlichen schon in der zweiten Auflage meiner doctrina Pandect. Vol. II. §. 495. in f. — Vgl. die Note 10. zu §. 680. der 3ten Aufl. — Genauer hätte sie noch ausgedrückt werden können, daß dieselbe Strafe auch statt finde, wenn der Testirer dem zurückgesetzten Notherben mehr als den Pflichttheilsbetrag hinterlassen hat.

63) Arg. L. 1. §. 3. D. *si pars hered. petatur* (V. 4.) et L. 19. D. *de inoff. test.* verb.: „Sed non est admittendum, ut adversus sororem audiatur, agendo de inofficioso." — Glück Comment. Bd. VII. §. 550. S. 146. Nr. 4. *de* Schleinitz Comment. cit. §. 28. p. 71. Franke Notherbenrecht S. 334. — Dabei entsteht noch die Frage: ob, wenn nach Stämmen geerbt wird, ein im Pflichttheile verkürzter Notherbe die Ergänzung lediglich von seinen Stammgenossen, welche mehr erhalten haben, als ihnen gebührt, oder von allen begünstigten Miterben, nach Verhältniß ihrer Erbquote zu fordern berechtigt ist? — Letzteres ist richtiger. Denn obgleich hinsichtlich dessen, was die zu einem Stamme gehörigen Enkel mit einander zu theilen haben (des Intestaterbtheils der Legitima) dieselben nur für eine Person gezählt werden. (S. Bd. XXXV. §. 1421. b. S. 273 fgg.), so ist doch davon, wie viel der zurückgesetzte Notherbe verlangen dürfe, hier überall nicht die Rede, sondern es frägt sich nur: ob er gegen alle begünstigte Miterben die Ergänzungsklage anstellen könne? Und dies ist in Folge des Grundsatzes zu bejahen, daß jeder Erbe in An-

Von selbst versteht sich, daß auch der Erbe des Erben belangt werden kann, so wie derjenige, welchem die Erb-

spruch genommen werden kann, durch dessen Einsetzung dem zurückgesetzten Notherben etwas von seinem Pflichttheile entzogen ist; denn die Stammgenossen sind ja nicht blos in Beziehung auf einander als Miterben zu betrachten, sondern an und für sich concurriren sie zu der gesammten Erbschaft, obgleich sie zusammen nur eine Erbschaftsquote erhalten. Auch wird dies durch den allgemeinen Ausdruck des Gesetzes bestätigt, wonach schlechthin die Erben als verpflichtete Personen genannt sind. — Angenommen also, zu einem Vermögen von 12000 concurriren drei Descendenten-Stämme, zwei Söhne (A. B.) und drei Enkel von einem vorverstorbenen Sohne (C. D. E.). Sie sind sämmtlich zu Erben eingesetzt, so jedoch, daß A. 2000, B. 5000, C. nur 500, das übrige (also 4500) D und E erhalten sollen. Wenn hier der zurückgesetzte C. seine Ergänzung blos von seinen Stammgenossen forderte, so würden diese allerdings so viel behalten, als ihnen ab intestato gebührt. Allein dieser Umstand kann den ebenfalls verpflichteten B nicht liberiren; die Ergänzung wird, dem Obigen gemäß, vielmehr von B. D und E. nach Verhältniß des ihnen zugewiesenen Erbtheils gefordert. So wurde auch in einem etwas verwickeltern Rechtsfalle entschieden, den Hagemann referirt (in den practischen Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. Sechster Bd. XXV. Erörterung). Indessen kann der Grund, worauf die dort gefällte Entscheidung gestützt wird, daß nämlich die Klage gegen die Notherben aller Linien statt findet, welche mehr als den ihnen rechtlich zukommenden Pflichttheil empfangen haben, — für richtig nicht gehalten werden. Gesetzt daher, es concurriren zwei Stämme zu einem Vermögen von 12000, jedem aber wären 6000 zugewiesen, so würde ein verkürzter Stammgenosse nur von den Miterben seiner Linie die Ergänzung fordern dürfen, weil man hier nicht sagen

schaft aus einem Universal-Fideicommiß restituirt ist [64]; nicht aber auch der Erbschaftskäufer [65]. Daß Singular-Vermächtnißnehmer der Ergänzungsklage nicht ausgesetzt seyn können, geht schon aus dem oben festgestellten Begriffe dieser Klage hervor. Nichtsdestoweniger behauptet v. Schleinitz, welcher im übrigen die richtige Ansicht vertheidigt, für den Fall das Gegentheil, wenn die Erben, welche mit der Ergänzungsklage in Anspruch genommen werden könnten, selbst nicht mehr als den ihnen gebührenden Pflichttheil aus der Erbschaft erhalten; z. B. ein Vater setzt seine Kinder zu Erben ein, und zwar das eine auf weniger als der Pflichttheil beträgt, die andern auf das übrige Vermögen, beschwert diese aber mit so großen Legaten, daß ihnen nur die Legitima verbleibt. Weil nun von mehrern Miterben blos diejenigen mit der suppletorischen Klage belangt werden können, welche mehr haben, als ihnen gesetzlich zukommt (Note 63), so soll hier nur der Ausweg übrig bleiben, die Ergänzung mit einer utilis condictio de supplenda legitima von den Legatarien zu fordern. Zwar habe es seine Richtigkeit, daß man diese Klage nicht als eine in rem scripta actio, sondern nur als eine persönliche betrachten dürfe; allein nicht als Besitzer würden hier die Vermächtnißnehmer belangt, sondern weil ihnen mehr zugewandt worden, als mit dem Rechte der Notherben verträglich

kann, daß durch die andere Linie, an die ja nur gekommen ist, was ihr ab intestato gebührt, ein Recht des Klägers verletzt sey.

64) §. 7. Inst. *de fideic. hered.* — *de* Schleinitz l. l. p. 75.

65) L. 2. C. *de her. vel act. vend.* (IV. 39). L. 2. Cod. *de pact.* (II. 3.) L. 2. C. *de leg.* (VI. 37). — Glück im 16ten Bande des Commentars §. 1015. S. 374 fg.

sey. Auch erhalte diese Meinung eine nicht unerhebliche Unterstützung dadurch, daß im Fall einer donatio inofficiosa die Ergänzungsklage gegen die Beschenkten statt finden, ein Legat ja aber ebenfalls nichts sey, als eine im letzten Willen angeordnete Schenkung[66]. Allein diese Gründe sind nicht schwer zu widerlegen. Denn, daß von mehreren Miterben diejenigen nicht in Anspruch genommen werden sollen, welche nur haben, was ihnen gesetzlich zukommt, setzt natürlich voraus, daß es neben ihnen andere Erben giebt, welche überall kein Pflichttheilsrecht, oder doch mehr aus der Erbschaft erhalten haben, als ihnen nach gesetzlichem Erbrechte gebührt. Hier würde es eine zwecklose Weitläuftigkeit seyn, wenn dennoch die Klage wider Alle pro rata gerichtet werden, und den ersteren blos das Recht zustehen sollte, das, was sie von ihrem gesetzlichen Erbtheile dem Kläger haben herausgeben müssen, ihren Miterben wieder abzufordern. Anders verhält es sich in unserem Falle. Die Miterben haben sämmtlich Notherbenrechte. Den nicht im Pflichttheile Verletzten ist an sich ein größerer Erbtheil, als sie zu fordern befugt sind, zugewiesen, nur ist derselbe mit Vermächtnissen beschwert; die Anderen haben die Ergänzung des Pflichttheils als Schuld zu fordern. Immerhin möchte der Gesetzgeber sie dieserhalb an die Vermächtnißnehmer verwiesen haben; da dies aber nicht geschehen ist, so müßte selbst dann, wenn das Gesetz auch ausdrücklich die Erben an die Schuldner bezeichnet hätte, es hier bei der Regel bleiben, nach welcher die Gläubiger mit ihren Forderungen sich an die Erben halten, diese aber das an die Legatarien zu Viel

66) de Schleinitz Comment. cit. §. 30. p. 75—80.

Gezahlte von denselben zurückfordern[67]. Die von der donatio inofficiosa hergenommene Analogie aber ist hier ganz unpassend, da dieser Begriff, und die daran geknüpfte Folge, die lieblose Schenkung so weit zu rescindiren, als das Pflichttheils-Recht dies erfordert, es von selbst mit sich bringt, daß das Fehlende von den Beschenkten gefordert werde[68].

Auch andere, auf die Ergänzungsklage sich beziehende Fragen lassen sich am einfachsten beantworten, wenn man daran festhält, daß ihr eine persönliche Forderung wider die Erben zu Grunde liegt. Wenn man daher auch in einem gewissen Sinne sagen kann, daß sie an die Stelle der querela inofficiosi testamenti trete, so leiden doch die Eigenthümlichkeiten dieser Klage keinesweges eine Anwendung auf dieselbe; die Ergänzungsklage ist keine s. g. vindictam spirans actio. Sie geht daher auch unvorbereitet auf die Erben über und wird

67) L. 2. §. 1. D. *de cond. indeb.* (XII. 6.) L. 15. Cod. *de legat.* (VI. 37). — Der Erbe zieht also dem Legatar die Schulden ab, mithin auch das, was mit der Ergänzungsklage gefordert werden kann. Auch versteht sich, daß er seine eigne Legitima frei behalten muß. Nur daß er seinen ganzen Intestaterbtheil frei behalte, kann er freilich nicht verlangen, da nur die Legitima nicht mit Vermächtnissen beschwert werden darf. Dadurch unterscheidet sich denn dieser Fall von dem oben erwähnten, wenn nämlich extranei und Pflichttheilsberechtigte zusammen eingesetzt sind. Alsdann können diese freilich, auch wenn sie ihren vollen Intestaterbtheil haben, die Ergänzungsforderung lediglich an die Ersteren verweisen, weil ja nur durch deren Einsetzung das Pflichttheilsrecht der zurückgesetzten Notherben verletzt ist. (S. die Note 63.)

68) L. 6—8. C. *de inoff. donat.* (III. 29.) Nov. 92. c. 1. pr.

nicht schon binnen 5 Jahren, sondern erst durch den Ablauf von 30 Jahren, wie in der Regel alle Klagen, verjährt. Doch streitet man hierüber [69]. Bartolus will

69) S. Bd. VII. des Commentars §. 550. S. 147 — 152., wo bereits die richtige Meinung vorgetragen wird. Sie darf auch als die gemeine betrachtet werden. M. s., ausser den bereits von Glück angeführten Schriften: Baldus ad L. 34. Cod. *de inoff. test.* Nr. 6. (welcher unter andern sehr richtig gegen Bartolus bemerkt: „jus agendi ad supplementum, — quia est introductum odio querelae ad eam submovendam, *non sapit eandem naturam, sed contrariam*, nec tollitur eadem temporis praescriptione, *quia jus agendi ad supplementum est favorabile, sed querela est odiosa*"); und von den Neueren: Hofacker principia jur. civil. rom. germ. T. II. §. 1719. in f. Thibaut Syst. d. P. R. §. 815. Günther principia juris romani privati noviss. T. II. §. 742. — Schweppe röm. Privatrecht §. 965. a. E. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts Buch V. §. 152. Meine doctrina Pandectarum T. III. §. 680. Nr. 4. in f. Warnkoenig comment. juris rom. privati. T. III. §. 111. — Ferner *de* Schleinitz comment. cit. §. 13. und 34. Franke Notherbenrecht §. 25. S. 353 fg. — Freilich fehlt es nicht an angesehenen Juristen, die das Gegentheil vertheidigen; so Cujacius in consultationib. consult. LX. *Ant.* Merenda controv. jur. Lib. XXIII. cap. 39. §. 13. und 14. *Ulr.* Huber praelect ad Pand. Tit. de inoff. test. §. 20. *Ger.* Noodt comment. in Dig. Tit. de inoff. test. §. *Sic jus fuit* (opp. T. II. p. 140.). Doch selbst von diesen bezeugen Einige, daß die meisten Juristen der entgegengesetzten Meinung seyen, z. B. sagt Merenda l. l. „quam (*Bartoli* doctrinam) repudiant quidem DD." und auf ähnliche Weise Noodt: fere omnes consentiunt, arbitrati, huic (actioni) praescribi demum spatio triginta annorum."

die Eigenthümlichkeiten der Querel auf sie bezogen wissen, „quia jus ad supplementum succedit in locum querelae, ergo sortitur ejus naturam“ [70]). Ausserdem berufen die Vertheidiger dieser Meinung sich auch auf die Schlußworte der L. 34. C. *de inoff. test.*, worin Justinian sich allerdings so ausdrückt, daß man versucht werden kann zu glauben, Alles, was vom Uebergange der Querel auf die Erben, von der Verjährung der Querel und vom Verzichte auf dieselbe gilt, solle auch für die Ergänzungsklage gelten. Diese Constitution ist aber bereits an mehreren Orten des Commentars ausführlich erklärt [71]) und gezeigt worden, daß die hier hauptsächlich in Betracht kommenden Worte des Gesetzes überall nicht auf das Ergänzungsrecht gehen, sondern dies nur erwähnt werde, um so vollständig als möglich den Gedanken auszudrücken, daß die Vererbung der Querel jedenfalls wegfalle, wenn die Klage für den Pflichttheilsberechtigten selber unmöglich sey [72]). Dagegen darf man sich allenfalls wohl auf dies Gesetz berufen, um zu beweisen, daß die Ergänzungsklage ohne Vorbereitung übergehe. Denn das Gesetz bestimmt die Bedingungen, unter welchen auch die nicht vorbereitete Querel auf Descendenten des Notherben übergehen soll, und fügt dann hinzu: es falle aber die Querel weg, wenn dem Vater die Ergänzungsklage zugestanden haben würde, indem alsdann ja auch der Sohn

70) Bartolus ad Leg. 34. C. *de inoff. test.*

71) Bd. VII. §. 550. S. 147—152. (Nr. 6.) und Bd. XXXV. §. 1421. e. S. 463—472. (Nr. III.)

72) S. besonders die zuletzt angeführte Stelle des Commentars Bd. XXXV. S. 469 fg. Uebereinstimmend hiermit sind auch, ausser den daselbst angeführten Schriften, *de* Schleinitz comment. cit. §. 34. Francke Notherbenrecht S. 335 fg.

auf Ergänzung klagen dürfe; wobei mithin als sich von selbst verstehend vorausgesetzt wird, daß die Ergänzungsklage in jedem Falle übergehe[73]. Indessen bedarf es dieses Arguments hier nicht; genug, daß die L. 34. cit. nichts enthält, was der hier vertheidigten Ansicht entgegen steht. — Die Singularitäten der Querel haben ihren Grund darin, daß diese Klage nicht begünstigt war, daher man sie möglichst zu beschränken suchte. Eben diesem Grunde hat denn auch die gesetzliche Ergänzungsklage ihr Daseyn zu verdanken[74]. Was kann uns daher wohl berechtigen, die aus dem odium querelae hervorgegangenen Beschränkungen auch auf diese Klage zu übertragen! Wir dürfen dies um so weniger, da nach des Kaisers ausdrücklicher Erklärung das Gesetz hier ja eigentlich nur die mangelnde Willensäusserung des Testirers ergänzen soll[75]; woraus zwar nicht folgt, daß eine auf Ergänzung des Pflichttheils gerichtete Anordnung des Testirers durch das Gesetz fingirt, oder wohl gar präsumirt werde, und daher denn auch die für diesen Fall zulässigen Rechtsmittel hier statt finden müßten, — wohl aber, daß man ohne innern Widerspruch die aus der eigenthümlichen Natur eines nicht begünstigten und durch unbillige Ausschließung eines Notherben veranlaßten Rechtsmittels hier nicht zur Anwendung bringen dürfe. Mit Recht sagt

73) Glück Commentar Bd. VII. S. 147. Nr. 5. Franke a. a. O. S. 335.

74) L. 30. pr. C. *de inoff. test.* — Vgl. Bd. XXXV. des Commentars §. 1421. d. S. 323 fg.

75) L. 36. pr. C. *de inoff. test.* — „etsi non adjiciatur, „viri boni arbitratu repleri filio, attamen ipso jure inesse eandem repletionem."

daher von Schletwitz[76]: „heredem non omnibus exceptionibus rite uti, quibus adversus inofficiosi querelam tutus est, *sed iis tantummodo, quae ex odio et rescissoria natura querelae originem non trahunt.*" Ganz diesem Grundsatze gemäß erklärt denn auch Justinian die ohne Vorbehalt geschehene Annahme des hinterlassenen Theils für unnachtheilig in Ansehung des Nachforderungsrechts, und will nur dann die Ergänzungsklage ausgeschlossen wissen, wenn der Notherbe auf das Fehlende ausdrücklich verzichtet hat[77]. Es liegt hiebei lediglich die Anwendung der allgemeinen Regel zu Grunde, daß durch die Annahme einer Stückzahlung die Gläubiger keineswegs auf die Forderung des noch übrigen Theils verzichten[78]. Anders verhielt es sich bei der Querel. Diese bezweckt, das Testament als lieblos ganz über den Haufen zu werfen. Nimmt der Notherbe nun das ihm in demselben Hinterlassene an, so kann er, ohne mit sich in offenbaren Widerspruch zu gerathen, nicht mehr darauf bestehen, daß das Testament für ungiltig

76) In der oft angeführten Comment. §. 13. p. 46.

77) L. 35. §. 2. Cod. *de inoff. test.* — „si filius post obitum patris hoc, quod relictum vel donatum est, *simpliciter agnoverit* — non adjiciens, nullam sibi superesse de repletione quaestionem, nullum sibi filium facere praejudicium, sed legitimam partem repleri, nisi hoc specialiter sive in apocha, sive in transactione scripserit vel pactus fuerit, quod contentus relicta vel data parte, de eo, quod deest, nullam habeat quaestionem; tunc enim omni exclusa querela paternum amplecti compelletur judicium." — Vgl. Bd. VII. des Commentars §. 550. S. 144 fg. Nr. 2.

78) Francke Notherbenrecht S. 357.

erklärt werde [79]). Die suppletorische Klage dagegen ist kein Impugnativmittel, sie ist vielmehr zu dem Ende eingeführt, um letztwillige Verfügungen gegen Anfechtungen möglichst zu sichern. Justinian hat daher durch seine oben erwähnte Vorschrift (Note 77) eigentlich nur ausgesprochen, was sich schon von selbst versteht, zugleich aber aufs deutlichste anerkannt, daß die Ergänzungsklage keineswegs den Charakter der querela inofficiosi testamenti habe, sondern nach den für ein gewöhnliches Forderungsrecht geltenden Grundsätzen zu behandeln sey.

§. 1421. g.

5) Von der querela inofficiosae donationis und dotis*).

Veräusserungen unter Lebenden wurden in früherer Zeit nur bei dem patronatischen Notherbenrechte berück-

79) Uebrigens ist hier auf die früher bereits vorgetragene Bemerkung (Bd. XXXV. S. 454 fg. Note 41.) zu verweisen, daß seit Einführung der Ergänzungsklage der Grundsatz: die Annahme eines Vermächtnisses enthalte einen Verzicht auf die Querel, — von selbst seine Bedeutung verloren habe, indem der Notherbe, dem ein Vermächtniß zugewandt ist, ja überall nicht mehr die Querel, sondern nur die suppletorische Klage anstellen kann.

*) S. Bd. VII. des Commentars §. 550. S. 156—196. Den daselbst angeführten Schriften sind noch beizufügen: Immern über inofficiosa donatio, in den von ihm und Neustetel herausgegebenen römisch-rechtlichen Untersuchungen Nr. III. (II. Inofficiosa donatio) S. 58—79. Paul Ludolf Kritz über die querela inofficiosae donationis, in seinen exegetisch-praktischen Abhandlungen über ausgewählte Materien des Civilrechts. Leipzig 1824. Nr. 5. S. 101 — 145. Carl [illegible] diss. de [illegible]-

sichtigt. Da dies ganze Recht davon ausgieng, daß dem Patron ein Antheil an dem Vermögen des lebenden Freigelassenen zustehe[80]), so erstreckte man auch das Pflichttheilsrecht desselben auf den gesammten Erwerb des Freigelassenen, — zwar nicht unbedingt (denn dies wäre gar nicht auszuführen gewesen), wohl aber in so weit, daß der Patron jede absichtlich zum Nachtheil seines Pflichttheilsrechts vorgenommene Veräusserung rescindiren konnte[81]). Zu diesem Behufe waren die Faviana und

dicar. donationum querela. Marb. 1828. 8. Franke das Recht der Notherben §. 42—46. S. 498—544.

80) L. 1. D. *de bonis libertor.* (XXXVIII. 2.) S. oben Bd. XXXV. §. 1421. b. S. 266 fg.

81) L. 1. §. 3. D. si quid in fraudem creditor. (XXXVIII. 5.) „Omne autem, *quodcunque in fraudem creditorum gestum est*, revocabitur." — Bei onerosen Veräusserungen geschahe dies freilich mit möglichster Schonung der Rechte des Erwerbers. S. z. B. L. 1. §. 12 — 14. *eod.* „Si quis in fraudem patronorum rem vendiderit, vel locaverit, vel permutaverit, quale sit arbitrium judicis? videamus. Et in re quidem distracta deferri conditio debet emtori, utrum malit rem emtam habere justo pretio, an vero a re discedere pretio recepto. — Sed si emerit in fraudem patroni libertus, aeque dicendum, si magno emit pretio, relevandum patronum, conditione non ipsi delata, an velit ab emtione discedere, sed venditori, utrum malit de pretio remittere, an potius rem, quam vendidit, recipere, persoluto pretio. Et in permutatione, et in locatione, et in conductione similiter idem observabitur. Sed si rem quidem bona fide vendiderit et sine ulla gratia libertus, pretium autem acceptum alii donaverit, videndum erit, quis Faviana inquietetur, utrum qui rem emit, an vero is, qui pretium dono accepit." Et Pomponius — recte scri-

Calvisiana actio eingeführt [82]), die indessen nur in subsidium statt fanden, d. h., für den Fall, wenn dem Patron nicht so viel zugewandt war, oder er doch durch Anstellung der contra tabulas bonorum possessio wider den eingesetzten Erben nicht soviel erhalten konnte, als sein Pflichttheil, nicht blos von dem Nachlasse, sondern auch von dem dolo malo Veräußerten, betrug [83]). Die Ausdehnung dieser Klagen (als utilis Faviana und Calvisiana actio) auf den impubes adrogatus, für den Fall, wenn der adrogirende Vater durch Veräußerung unter Lebenden sein Vermögen in der Absicht vermindert hatte, um dem Unmündigen die ihm gebührende s. g. Quarta D. Pii zu entziehen oder zu schmälern [84]), ist außer Zweifel dadurch veranlaßt, daß auch diese Quarta nicht von dem eigentlichen Nachlasse, wie der Pflichttheil der Verwandten, sondern von dem Vermögen, wie solches beim Tode des Erblassers beschaffen war, berechnet wurde [85]). Andere Ausdehnungen kennt das römische Recht nicht; sogar auf das patronatische Pflichttheilsrecht, welches dem emancipirenden Vater zu-

psit: emtorem non esse inquietandum; fraudem enim patrono in pretio factam esse; eum igitur, qui pretium dono accepit, Faviana conveniendum." — Vgl. Franke a. a. O. §. 40. S. 487 fg.

82) Diese Klagen sind früher bereits erwähnt, (Bd. VII. des Commentars §. 550. S. 192. Bd. XXI. §. 1145. S. 270.). Zu einer genauern Erörterung derselben ist aber auch hier noch nicht der Ort. S. unten §. 1622.

83) L. 3. D. *si quid in fraud. creditor.* — Franke a. a. O. S. 489 — 492.

84) L. 13. D. *si quid in fraud. creditor.*

85) Franke a. a. O. §. 41. S. 495 fg.

stand, sollen diese Klagen keine Anwendung finden, in welcher Beziehung Gajus den allgemeinen Grundsatz aufstellt: es sey unangemessen, freigeborne Menschen in der Befugniß, das Ihrige zu veräußern, beschränken zu wollen [86]. Indessen bildete sich durch kaiserliche Rescripte das Recht der inofficiosa donatio und dos aus, wobei der Name [87], die Stellung der Lehren [88] und

86) L. 2. D. *si a parente quis manumissus* (XXXVII. 12.) *Gajus* Lib. XV. *ad edictum provinciale*. „Non usque adeo exaequandus est patrono parens, ut etiam Faviana aut Calvisiana actio ei detur; „*quia iniquum est, ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem*.“

87) Uebrigens kommt die Benennung: inofficiosa donatio, außer in einer Constitution Justinians (L. 35. §. 4. C. *de donat.* VIII. 54.) nur in den Ueberschriften der Titel des Theodosianischen und Justinianischen Codex vor. Sonst heißt sie gewöhnlich immodica donatio, (auch immoderata, immensa donatio, immoderatae liberalitatis effusio, und ähnliche nicht technische Beschreibungen des Begriffs nicht selten); s. außer den weiter unten anzuführenden Quellen, auch die Marginal-Rubrik hinter §. 271. der Vaticanischen Fragmente: *de immodicis donationibus*. Das Rechtsmittel selbst wird entweder durch Umschreibungen bezeichnet (auxilium, actio ad similitudinem, ad instar inofficiosi u. s. w.), oder auch immodicarum donationum querela genannt (L. 1. Th. Cod. *de inoff. donat.* L. 9. Just. Cod. *eod.*). — Hille dissert. cit. cap. I. p. 6. 7.

88) Im Theodosischen wie im Justinianischen Codex finden sich die Titel *de inofficioso testamento*, *de inofficiosis donationibus* und *de inofficiosis dotibus* neben einander gestellt, dort Lib. II. Tit. [illegible], hier Lib. III. Tit. 28 — [illegible]. Vgl. auch L. 9. Th. C. *de infirmandis his, quae sub Tyrannis gesta sunt.* (XV. 14.)

sehr bestimmte Aeußerungen unserer Rechtsquellen [89]) auf eine Analogie der Inofficiositäts-Querel hinweisen. Die erste Spur dieses Rechts finden wir schon in den Pandekten. Paulus referirt hier ein Rescript des Kaisers Alexander Sever, wonach die von einer Großmutter in der Absicht, die Querel zu vereiteln, ihrem Enkel gemachte Schenkung, welche das Vermögen der Schenkgeberin erschöpft hat, zur Hälfte rescindirt werden soll [90]). Etwas Neues war dies sicher. Auf die Faviana und Calvisiana actio konnte der Kaiser seine Entscheidung nicht stützen (Note 86). Hätte sich aber auch in dem kurzen Zeitraume, seitdem Gajus den obigen Grundsatz aussprach, eine andere Rechtsansicht gebildet, oder hätte der Kaiser für seine Entscheidung überhaupt eine Auctorität beibringen können, so würde er bei einer so erheblichen Abweichung vom früheren Rechte sicher nicht unterlassen haben, dies durch die üblichen Formeln (placuit,

89) L. 1. C. *de inoff. donat.* („juxta formam de inofficioso testamento constitutam subveniri vobis" —) L. 2. *eod.* („ad similitudinem inofficiosi testamenti querelae auxilium tibi aequitatis impertiet".) L. 4. *eod.* (— „auxilium ad instar inofficiosi testamenti".) L. 5. *eod.* (— „de enormitate donationum ad exemplum inofficiosi testamenti Praeses provinciae jurisdictionis suae partes exhibebit"). Aehnliche Aeusserungen finden sich auch L. 8. und L. 9. *eod.*, so wie L. un. Cod. *de inoff. dotib.*

90) L. 87. §. 3. D. *de legat.* II. (*Paulus* Lib. XIV. responsor.) „*Imperator Alexander Augustus Claudio Juliano Praefecto urbi.* Si liquet tibi, Juliane carissime, aviam ob intervertendam inofficiosi querelam patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio deposcit, id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari."

recte placuit, constitutum est, rescriptis continetur u. a. m.) anzudeuten[91]). So aber rechtfertigt er seine Verfügung durch ein bloßes „ratio deposcit", was hier wohl nur heißen kann: es ist billig, und im Geiste des Rechts, welches die Notherben gegen willkührliche Beeinträchtigung ihrer gesetzlichen Ansprüche in Schutz nimmt, wenn dafür gesorgt wird, daß absichtlich ihnen auf keine Weise ihr Pflichttheil entzogen werden kann[92]).

91) Brissonius de formulis et solennib. pop. Rom. Lib. III. cap. XXXII.

92) Das Gegentheil behauptet indessen Hille l. l. cap. II. p. 9 sqq. Nach ihm soll der Begriff und die Revocation pflichtwidriger Schenkungen schon vor Alexander Sever durch Gewohnheitsrecht eingeführt und nur durch kaiserliche Constitutionen bestätigt seyn. Seine Gründe sind 1) daß der K. Diocletian äussert, es sey „jam dudum" durch kaiserliche Verfügungen dafür gesorgt, daß Niemand durch übermäßige Schenkungen im Pflichttheile verletzt werden könne (Vat. Fr. §. 280.). Allein auch hier wird ja deutlich anerkannt, daß dies Recht durch kaiserliche Rescripte eingeführt sey, und der Ausdruck *jam dudum* konnte sehr füglich von Rescripten gebraucht werden, die vor mehr als einem halben Jahrhundert erlassen waren; 2) daß K. Constantius erklärt: die actio immodicarum donationum sey „legibus" eingeführt (L. 1. Th. Cod. h. t.). Indessen ist es bekannt, daß die spätern Kaiser den Ausdruck *leges* auch auf Rescripte beziehen; 3) daß Rescripte, zumal in früherer Zeit, nicht neues Recht eingeführt, sondern nur zweifelhaftes Recht entschieden hätten. Dies kann am wenigsten in unbedingter Allgemeinheit zugegeben werden. Unzählige neue Rechtssätze wurden durch Rescripte begründet, nur geschah dies selten durch Machtsprüche, sondern meistens auf die nämliche Art, wie auch die Juristen und Prätoren bei ihren Neuerungen zu verfahren pflegten, d. h., als Interpretation des vorhandenen

Uebrigens ist aus diesem Rescripte mit völliger Bestimmtheit nicht zu ersehen, was dem beeinträchtigten Notherben eigentlich dadurch gewährt wurde, da es uns über die faktischen Verhältnisse im Dunkeln läßt. Wir erfahren zwar, daß die Großmutter ihr Vermögen durch Schenkungen an einen Enkel erschöpft habe (exinanisse), nicht aber, ob durch die Schenkungen das gesammte Vermögen absorbirt sey, und — worauf es hauptsächlich ankommt — ob nur einer oder ob mehrere Notherben hiedurch beeinträchtigt wurden, ferner ob der beschenkte Enkel selber Notherbenrechte gehabt habe, oder ob er noch von einem näher Berechtigten ausgeschlossen wurde? In der That findet sich hier ein reiches Feld für Vermuthungen; doch verdient allerdings nach dem bloßen Wortverstande des Rescripts, so wie es uns überliefert ist, die Interpretation den Vorzug, daß der begünstigte Enkel ebenfalls Notherbenrechte hatte und neben ihm nur noch ein Notherbe vorhanden war, welchem der Kaiser nach Analogie der querela inofficiosi testamenti zu seiner vollen Intestaterbportion verhelfen wollte. Denn nur wenn man einen so einfachen Fall unterstellt, erklärt es sich einigermaßen, daß die betheiligten Personen, so wie die besondern Umstände dieser Schenkung in dem

Rechts im weitern Sinne, oder man führte den neuen Rechtssatz auf irgend eine Analogie zurück, wie dies ja auch hier der K. Alexander Sever thut. Vgl. Ant. Schultingii diss. pro rescriptis imperatorum Romanor. §. 4. (in commentat. academ. Vol. III. p. 169 sequ.). Meine Lehre von der Cession der Forderungsrechte S. 161 — 163. (2. ed.) — Ueber diese allgemeine Bedeutung des Ausdrucks interpretatio s. aber [illegible] Vol. I. §. 53.

Rescripte nicht angegeben sind. In Ansehung des bei dem Falle vorauszusetzenden persönlichen Verhältnisses ist man denn auch allgemein hiemit einverstanden. Jedoch glauben sehr Viele, daß der Kaiser eine Rescission der Schenkung nicht auf die volle Hälfte derselben, sondern nur so weit der Pflichttheil des beeinträchtigten Notherben dadurch verletzt sey, zugelassen habe, und um dies Resultat herauszubringen, verstehen sie das *pro dimidia parte revocari* von einer pars dimidia quartae partis bonorum aviae (von dem alten Pflichttheil); sie denken also das hinzu, was später von den Kaisern Diocletian und Maximian so ausgedrückt wurde: „Si mater tua patrimonium suum ita profunda liberalitate in fratrem tuum evisceratis opibus suis exhausit, ut *quartae partis dimidium*, quod ad excludendam inofficiosi testamenti querelam adversus te sufficeret, in his donationibus, quas tibi largita est, non habeas, quod immoderate gestum est, revocabitur[93]." So die Glosse[94], Bartolus[95], Cujacius[96], Donellus[97], Vinnius[98] u. A.[99]. Indessen ist es doch eine gar zu willkührliche Art zu in-

93) L. 7. Cod. *de inoff. donat.*

94) Ad C. 87. §. 1. *de legat.* II.

95) Bartolus super secunda infortiati parte ad h. l. Ihm stimmt Baldus ad eundem loc. bei.

96) *Jac.* Cujacius ad *Pauli* Lib. XIV. responsor. (opp. post. ed. Par. T. III.) und in observat. Lib. V. c. 14. in f.

97) *H.* Donellus in comment. de jure civili Lib. XIX. c. XI. §. 13. (der Ausg. von Bucher).

98) *A.* Vinnius in select. jur. Quaest. Lib. II. c. 33. p. 596.

99) z. B. Voet ad Tit. Dig. *de donat.* §. 37.

terpretiren, gegen den klaren Wortverstand anzunehmen, daß nicht die Hälfte, sondern nur ein Achttheil der Schenkung (dies würde nämlich die dimidia quartae partis seyn) revozirt werden sollte, und dies Resultat lediglich darauf zu gründen, daß bei *dimidia parte* gerade das worauf hier Alles ankommt, subintelligirt werden müsse[100]. Auch enthält der in dem folgenden Satze von Paulus vorgetragene Rechtsfall nicht das Geringste, wodurch diese Auslegung unterstützt würde, im Gegentheile läßt sich daraus noch eher ein Argument für die Meinung entnehmen, daß nach dem Rescripte Alexander Severs die Rescission auf mehr als die Hälfte gehen sollte. Derselbe lautet also: „Lucius Titius quum haberet quinque liberos, universos emancipavit, et in unum filium, Cajum Sejum, amplissimas facultates contulit, et modicum sibi residuum servavit, et universos liberos cum uxore scripsit heredes; in eodem testamento duas possessiones quas retinuerat, eidem Cajo Sejo praelegavit, et ab eo petiit, ut ex reditibus praediorum, quae vivus ei donaverat, Maeviae filiae tot aureos daret, item alteri fratri alios tot; qui conventus a Maevia sorore sua legem Falcidiam implorat. Quaero: quum Sanctissimus Imperator, ut supra scriptum est, contra voluntatem donantis ea, quae donata sunt, revocari praeceperit, an Cajus Sejus compellendus sit, secundum voluntatem patris ex donationibus fideicommissum praestare heredi sororis? Paulus respondit: post literas Imperatoris nostri dubitari non oportere, quin in hac quoque specie, de qua quaeritur, subveniendum sit liberis, quorum portio in unum filium donationibus collatis

100) Zimmern a. a. O. S. 61. fg.

imminuta est, praesertim quum Imperator noster contra voluntatem patris subvenerit; in proposita autem causa etiam voluntas patris pro his, qui fideicommissum petunt, intercedit. Sed si Falcidia lex intercedit, fideicommissa in solidum esse praestanda, propter immodicarum donationum rationem [1]. — Also: einem von fünf Kindern schenkt der Vater fast sein ganzes Vermögen, setzt darauf sämmtliche Kinder nebst seiner Gattin zu Erben ein, prälegirt auch von dem zurückbehaltenen Vermögen dem begünstigten Sohne noch zwei Grundstücke, trägt denselben indessen fideicommissarisch die Auszahlung einer Geldsumme an seine Geschwister aus den Aufkünften des geschenkten Vermögens auf. Dieser will das Fideicommiß nur gegen Abzug der nach der Lex Falcidia ihm gebührenden Quarte erfüllen. Er betrachtet nämlich das ihm beim Leben des Erblassers geschenkte Vermögen als sein wohlerworbenes Eigenthum, das übrige als den Nachlaß, von diesem aber würde er den vierten Theil nicht frei haben, wollte er das Fideicommiß ohne Abzug auszahlen. Hiezu hält ihn nun Paulus für verbunden; denn da der Kaiser die Rescission einer Schenkung zum Vortheil eines zurückgesetzten Notherben sogar gegen den Willen des Schenkers vorschreibe, so leide es noch weniger Bedenken, daß der durch unverhältnißmäßige Schenkungen begünstigte Sohn sich nicht auf die Lex Falcidia berufen könne, um seinen Geschwistern auch das zu entziehen, was der Wille ihres Vaters ihnen zugewandt habe [2]. Von Rescission einer

1) L. 87. §. 4. D. *de legat.* II.

2) Die Argumentation von Paulus ist schwerfällig und theilweise dunkel. Manche Editoren haben daher durch ungewöhnliche Interpunction, auch wohl durch Emendation einzelner Aus-

Schenkung ist hier also überall nicht die Rede, sondern es wird lediglich a ratione fortiori et majori ad minorem geschlossen. Und eben so wenig findet sich hier eine Gleichheit der Fälle in Ansehung dessen, was den zurückgesetzten Notherben gewährt wurde. In dem letzteren Falle verlangt die Schwester nur, was ihr vom Vater ausgesetzt ist. Daß dieß genau so viel betrug,

drücke nachzuhelfen gesucht. So ist bei Beck der Satz: „in proposita autem specie — — — — — intercedit" in eine Parenthese eingeschlossen, wodurch aber die Darstellung sicher nichts an Deutlichkeit gewinnt. Gebauer trennt diesen Satz von dem vorangehenden durch ein bloßes Comma, was auch allerdings zu billigen wäre, wenn man statt intercedit lesen dürfte: *intercedat*, wie dies wegen des vorhergehenden: *quum — subvenerit* der grammatische Zusammenhang erfordern würde. Doch ist diese Emendation unnöthig, wenn man beide Sätze durch ein Semicolon trennt. Eben so wenig ist es nöthig, mit Haloander das *Sed* des Schlußsatzes in *sed et* zu verwandeln, oder auch nur die Bedeutung von sed et diesem Ausdrucke beizulegen; (welchen er freilich bisweilen hat. S. Brissonius de verb. signif. v. *sed* §. 2.). Paulus argumentirt nämlich auf folgende Weise: „Nachdem der Kaiser so rescribirt hat, unterliegt es keinem Zweifel, daß den zurückgesetzten Kindern geholfen werden könne, zumal das Rescript dieselben gegen den Willen des Vaters in Schutz nimmt; im vorliegenden Falle steht ihnen aber auch der väterliche Wille zur Seite. Woferne indessen die lex Falcidia ihren Ansprüchen in den Weg tritt (mithin das bloße Berufen auf den väterlichen Willen ihnen nichts helfen würde), könnten sie doch die vollständige Auszahlung der Fideicommisse immer aus dem Grunde verlangen, daß bei Bestimmung ihres Rechts nicht blos der gegenwärtige Nachlaß, sondern auch die ihrem Bruder gemachte unverhältnißmäßige Schenkung in Betracht zu ziehen sey.

als der ihr von dem gesammten Vermögen mit Einrechnung der dem Bruder gemachten Schenkung, gebührende Pflichttheil, ist blos möglich. Gesetzt aber auch, es ließe sich dies erweisen, so würde davon doch durchaus kein Schluß auf den von Alexander Sever entschiedenen Fall gemacht werden können. Denn, wenn ein Erblasser seinen Notherben so viel zuwendet, als ihr Pflichttheil beträgt, so können sie ein Mehreres nicht fordern; in dem Falle aber, den das Rescript entscheidet, war der durch die Schenkung verkürzte Notherbe nicht, wie in jenem, durch das Testament entschädigt. Die Aehnlichkeit beider Fälle besteht also lediglich darin, daß die Schenkung an sich betrachtet für die übrigen Notherben eine Verletzung im Pflichttheilsrecht begründete [3]); dagegen sind beide gerade in einem wesentlichen Punkte verschieden, da von liebloser Gesinnung des Erblassers (worauf ja die querela inofficiosae donationis, wie die querela inofficiosi testamenti beruht) gar nicht die Rede seyn kann, wenn, wie in dem zweiten Fall geschehen ist, derselbe seine Notherben, wegen der dem Einen gemachten unverhältnißmäßigen Zuwendungen zu entschädigen sucht [4]). Aber indem Paulus sich auch auf das kaiserliche Rescript stützt, um dem Beklagten die mögliche Berufung auf die Lex Falcidia abzuschneiden, referirt er

3) „subveniendum — liberis, *quorum portio in unum filium donationibus collatis imminuta est.*"

4) Eine eigentliche Analogie zwischen beiden Fällen war mithin überall nicht vorhanden, und die ganze Argumentation von Paulus ist nichts weniger, wie folgerecht. *Chr.* Thomasii diss. de legitima viventis (in Dissert. acad. T. II. diss. XLVII.) cap. III. §. 2 — 4. — Vgl. auch Kritz a. a. O. S. 115 — 122. Hille l. l. p. 9 squ.

den wesentlichen Inhalt desselben ganz allgemein dahin, übermäßige Schenkungen sollten wieder rescindirt werden. Das: „ea *quae donata sunt* revocari" darf natürlich nicht auf die ganze Schenkung bezogen werden, sondern immer nur auf den Theil des betheiligten Notherben. Aber für den wie vielten Theil derselbe Rescission der Schenkung verlangen darf, — ob nach Verhältniß seiner Intestaterbportion, oder nur seines Pflichttheils? — dies läßt sich eben aus jenen Worten mit Bestimmtheit nicht ersehen; am allerwenigsten liegt indessen wohl ein Grund vor, den allgemein ausgedruckten Satz: die gemachte Schenkung soll rescindirt werden, — auf den möglichst geringsten Theil, also auf die bloße Legitima, einzuschränken.

Die Berufung auf das Rescript beweist nun freilich keinesweges, daß man schon zu der Zeit, in welcher Paulus lebte, die Auflösung pflichtwidriger Schenkungen für unbedenklich hielt; denn noch damals nahm man keinen Anstand, die Autorität eines Rescripts nicht anzuerkennen, wenn dasselbe der Rechtsanalogie und der Volkssitte nicht entsprach [5]). Doch die Art, wie Paulus sich hierauf beruft, beweiset zur Genüge, daß man das Rescript für vollkommen gerecht und billig hielt und gewiß kein Bedenken trug, sich in ähnlichen Fällen darauf, als auf eine wohl begründete Auctorität zu beziehen. Daher darf nicht angenommen werden, daß der später lebende Modestinus, welcher einmal die von einem Erblasser, dessen Testament mit der querela inofficiosi angefochten war,

5) L. 1. §. 14. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV. 2. *Paulus*). — Vgl. auch C. J. Guyet Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts. (Heidelb. 1829.) S. 55 fgg.

gemachten Schenkungen für unumstößlich erklärt [6]), damit habe sagen wollen: der Widerruf einer zum Nachtheil der Notherben gemachten Schenkung finde überall nicht statt. Ueberhaupt gehört dies Responsum Modestins unserem Gegenstande gar nicht an, man mag nun die Florentinische Lesart vorziehen, oder davon abweichen. Nach der ersteren lautet es so: „Etiam si querela inofficiosi testamenti obtinuerit, non ideo tamen donationes, quas vivus ei perfecisse proponitur, infirmari, neque in dotem datorum partem vindicari posse, respondi". Also: Wer auch mit der Querela inoff. testamenti gesiegt hat, darf darum doch noch nicht die von dem Erblasser bei seinem Leben gemachten Schenkungen, oder den von demselben in dotem gegebenen Theil seines Vermögens revociren. Das unbestimmte „ei" muß hier nicht auf den Beklagten bezogen werden. Der Zweifelsgrund konnte kein anderer seyn, als daß ein Testirer, dessen Testament durch die Querel rescindirt wird, gleichsam als ein Wahnsinniger erscheint; ein Wahnsinniger kann aber so wenig giltig schenken, oder eine Dos errichten, als testiren. Modestin läßt indessen diese Folgerung nicht gelten, weil ja die Querel nur wider das Testament gerichtet ist, mit derselben also auch nur gefordert werden kann, was zum Nachlaß gehört [7]). Anders wird jedoch die Stelle von den Glossatoren interpretirt. Sie verstehen sie von einem unterliegenden Kläger, welcher darum, weil er mit der Querel abgewiesen wird, die ihm vom Erblasser bei seinem Leben gemachten

6) L. 11. D. *de inoff. test.* (*Modestinus* Lib. III. responsorum).

7) *A.* Faber in rationalib. ad Pand. h. l. Pothier Pand. Justin. T. I. p. 195. Nr. XXXVIII. not h.

Zuwendungen nicht verlieren soll [8]). Offenbar ist diese Erklärung durch die früher sehr verbreitete Lesart *non* obtinuerit veranlaßt, welche namentlich von Haloander in Schutz genommen wird, und der es auch nicht an handschriftlicher Auctorität fehlt [9]). Unter vorausgesetzter Richtigkeit dieser Lesart würde das Responsum Modestins sich an die bekannte Bestimmung anschließen, daß der unterliegende Querulant die durch den angefochtenen letzten Willen erhaltenen Zuwendungen verliere [10]); d. h., die Frage wäre gewesen: ob nicht das Nämliche auch von liberalen Zuwendungen unter Lebenden gelte? dies aber von Modestinus verneint worden. Da indessen schon von Paulus als ausgemachte Wahrheit vorgetragen wird, daß nicht einmal die mortis causa donationes für den abgewiesenen Querulanten verloren gehen [11]), so konnte jenes wohl überall kein Gegenstand eines Zweifels und einer Anfrage seyn. Ueberdies wird die Florentinische Lesart durch die Auctorität der Basiliken unterstützt [12]) und von den geachtetsten Kritikern

8) Die Glosse bemerkt bei dem Worte „*obtinuerit*" i. e. succubuerit. Et sic negativa in affirmativam resolvitur. Dies wäre reiner Unsinn, wenn man nicht annehmen müßte, daß die Glossatoren stillschweigend die Lesart *non* obtinuerit gebilligt, welche Cujacius ad h. l. (recit. solennes ad Modestini responsa ed. Par. opp. post. T. III. p. 151 sqq.) für die lectio vulgata erklärt. — Die Erklärung der Glosse haben auch Bartolus und Baldus ad h. l.

9) *Non* obtinuerit liest z. B. auch eine auf der Bibliothek des Domkapitels zu Merseburg befindliche Handschrift des Digestum vetus aus dem 13ten Jahrh.

10) L. 8. §. 14. D. *de inoff. test.*

11) L. 5. §. 17. D. *de his quae ut indignis* (XXXIV. 9.).

12) Lib. XXXIX. Tit. I. Fr. 11. (T. v. p. 200.); auch

vertheidigt [13]). Wie man sich hierüber aber auch entscheide, so wenig in dem einen als in dem andern Falle spricht Modestin den Notherben das Recht ab, Schenkungen, die zum Nachtheil ihres Pflichttheilsrechts gereichen, rescindiren zu dürfen, und würde dies auch, nachdem bereits mehrere gewichtige Auctoritäten dafür angeführt werden konnten, sicher nicht gethan haben.

Im wesentlichen war also das Recht der Anfechtung pflichtwidriger Schenkungen schon zur Zeit der späteren juristischen Klassiker bekannt. Gewöhnlich nimmt man an, es sey zuerst dabei vorausgesetzt worden, daß der Erblasser mit Hinterlassung eines Testaments verstorben sey, bis die Kaiser Valerianus und Gallienus durch die L. 3. C. *de inoff. donat.* dies Recht auch auf den Fall der Intestaterbfolge ausgedehnt hätten [14]). Doch ist nicht abzusehen, warum man eher die Rescission gestattet haben sollte, wenn der Erblasser ein Testament hinterlassen hatte, als im entgegengesetzten Falle. Zufällig mochte jenes freilich in den zuerst vorgekommenen Fällen geschehen seyn, und dann würde man, wenn sich

das dazu gehörige Scholium (Ebendaselbst p. 246 fg. Schol. g.).

13) Z. B. von *Ant.* Augustinus emendation. Lib. IV. cap. 17. (in Ottonis thes. T. IV. p. 1554 squ.); Cujacius ad Lib. III. responsor. Modestini (opp. post. ed. Par. T. III. p. 151 squ.); Russardus in der Marginalnote seiner Ausg. des Corp. jur. ad h. l. *Ant.* Schulting in den von Smallenberg herausgegebenen notae ad Dig. T. II. p. 71. *Siegm. Reich.* Jauchius de negation. Pandectis Florentinis recte vel male adjectis etc. p. 67. — Von den neuesten Editoren folgt Beck dem Haloander; die Gebrüder Kriegel dagegen haben die Florentinische Lesart.

14) Bd. VII. des Commentars S. 158.

die Entscheidung bestimmt an die vorgetragenen Thatsachen angeschlossen hätte, vielleicht eine ausdrückliche Ausdehnung auf Intestaterbfolge für nöthig erachtet haben. Indessen gerade in dem von Alexander Sever entschiedenen Falle läßt sich als wahrscheinlich annehmen, daß die Erblasserin ohne Testament verstorben war. Wenigstens geschieht eines Testaments nirgends Erwähnung, und die angegebene Absicht, die Querel zu vereiteln, konnte gewiß auch besser erreicht werden, wenn die Erblasserin überall nicht testirte, weil die Anstellung einer querela inofficiosi testamenti dadurch geradezu unmöglich wurde [15]. Wenn also die Kaiser Valerianus und Gallienus rescribirten, daß zwar der Impetrant sich nur auf Vorentscheidungen bezogen habe, welche übermäßige und pflichtwidrige Schenkungen solcher Eltern beträfen, die ihren um den Pflichttheil betrogenen Kindern im Testamente nur den leeren Namen der Erben hinterlassen hätten, eine gleiche Billigkeit aber auch für die Fälle gelte, wo der Erblasser ohne alles Testament gestorben sey, so folgt daraus ja keineswegs, daß Fälle der letztern Art noch überall nicht vorgekommen seyen, sondern nur, daß die Kaiser in ihrem Rescripte eine besondere Rücksicht auf den Vortrag des Impetranten nahmen [16]. Indessen kommt dies für die richtige Würdigung der Fragen und Zweifel, welche sich auf die Bedingungen und die Wirkung dieses Rechts beziehen, durchaus in keinen Betracht. Wir lassen jetzt die Erörterung dieser Fragen folgen, so weit es der Zweck, nur Nach-

15) Vgl. *Jac.* Gothofredi comment. ad L. un. Th. Cod. *de inoff. donat.* in f.

16) Hille dissert. cit. p. 13 squ.

träge und Berichtigungen zu geben, Wiederholungen aber möglichst zu vermeiden, erfordert.

I) Nicht nur den zur Querel berechtigten Personen steht dies Rescissionsrecht zu [17]), sondern auch der Wittwe, welcher durch lieblose Schenkungen ihr gesetzlich gebührendes Erbtheil entzogen oder geschmälert ist, räumt die Praxis es ein [18]). An streng juristischen Gründen für diese Ausdehnung fehlt es freilich, da das Gesetz der Ehegattin nur Rechte an dem eigentlichen Nachlasse giebt [19]), das hier zur Frage stehende Rescissionsrecht auch ein wahres jus singulare [20]), und nach sehr bestimmten Andeutungen unserer Rechtsquellen als Ergänzung und Anhang der querela inofficiosi anzusehen ist, mithin nur denen zustehen kann, welche ein Recht zur

17) Bd. VII. des Comment. S. 173. Not. 44. Franke Notherbenrecht S. 503. — S. auch Note 20.

18) *Andr.* Gail observation. Lib. II. obs. 26. Nr. 17. Voet ad Pand. tit. ad Sct. Tertull. §. 24. Glück Intestaterbfolge §. 126. S. 472 fg. (der 2ten Aufl.) Franke a. a. O. S. 503.

19) Nov. 53. c. 6.

20) Gegen die Zulassung der Geschwister, die ebenfalls nirgends ausdrücklich erwähnt sind, kann man sich auch auf die Singularität dieses Rechts nicht berufen, da dasselbe großentheils auf Rescripten beruht, Rescripte aber im Zweifel nicht auf den entschiedenen Fall zu beschränken, sondern nach ihrer ratio decidendi auszulegen sind; (Thibaut Theorie der log. Auslegung §. 11. und §. 38. Nr. 1.). Diese aber ist offenbar keine andere, als zu verhüten, daß nicht durch übermäßige und lieblose Schenkungen den pflichttheilsberechtigten Notherben das Recht vereitelt werde, welches ihnen die querela inofficiosi testamenti gewähren kann. (S. oben Note 88 und 89, und den dazu gehörigen Text).

Querel haben. Indessen hat diese Ausdehnung die allgemeine Billigkeit und die Rechtsanalogie allerdings für sich und läßt sich aus diesem Gesichtspunkte völlig eben so gut rechtfertigen, als die Ausdehnung der Faviana und Calvisiana actio auf die s. g. Quarta D. Pii *).

Besonders streitig aber ist die Frage: ob der Schenker selbst die zum Nachtheil seiner Notherben gereichende Schenkung widerrufen dürfe? Früher ist in diesem Commentar die verneinende Meinung vertheidigt [21]), wozu

*) L. ult. D. *si quid in fraud. patroni* (XXXVIII. 3.).

21) Bd. VII. §. 550. S. 167 — 170. (Nr. 3.), woselbst auch die vorzüglichsten Schriften beider Parteien angeführt sind. Nur die Ansichten der Glossatoren und der zunächst auf diese folgenden Schriftsteller sind nicht erwähnt. In der Accursischen Glosse (ad c. 5. C. h. t.) nun finden sich alle von späteren Schriftstellern näher entwickelten Meinungen bereits angedeutet (— daß der Schenker seine eigne Handlung anfechten dürfe, — daß die Schenkung ipso jure um so viel vermindert werde, als der Pflichttheil der verkürzten Notherben beträgt, — daß die Anfechtung erst nach dem Tode des Vaters erfolgen dürfe; — daß der Widerruf auf das Ganze zu richten sey u. s. w.). Von den auf das Zeitalter der Glossatoren folgenden Schriftstellern mögen hier nur Bartolus und Baldus genannt seyn. Beide schließen ihre Erklärungen mehr an die Eigenthümlichkeiten des in dem Rescripte vorgetragenen Falles an, indem sie die Frage stellen: ob und in wie weit die von einem Ascendenten seinen Descendenten gemachten übermäßigen Schenkungen propter supervenientiam liberorum von dem Schenker rescindirt werden können? Jener nimmt an, daß der Schenker selbst, und zwar das Ganze revociren dürfe, jedoch erfolge der Widerruf nicht vermittelst der querela inofficiosae donationis, welche allemal erst nach dem Tode des Schenkers angestellt werden könne, sondern ipso jure — wie er sich

sich auch die meisten neueren Juristen bekennen[22]). Doch fehlt es auch der entgegenstehenden Ansicht nicht an Anhängern; sie wird namentlich[23]) von Zimmern[24]), Hille[25]) und Franke[26]) vertheidigt, jedoch freilich nicht unbedingt, sondern nur für den Fall, wenn dem Schenker hinterher noch Kinder geboren werden. Die bei dieser Streitfrage zunächst in Betracht kommende Stelle ist die L. 5. C. *de inoff. donat.* Sie lautet so:

„*Impp. Diocletianus et Maximianus Cottabaeo.* Si totas facultates tuas per donationes vacuas fecisti, quas in emancipatos filios contulisti, id, quod ad summovendam inofficiosi testamenti querelam non ingratis liberis relinqui necesse est, ex factis donationibus detractum, ut filii vel nepotes postea ex quocunque legitimo ma-

ausdrückt. Bei Baldus dagegen findet sich ungefähr die jetzt gangbare Ansicht: nicht der Schenker revocirt, sondern der im Pflichttheile verletzte Notherbe selbst, und zwar nur für den Betrag der Legitima.

22) Thibaut Syst. d. Pandectenrechts §. 904. Nr. a. Schweppe das röm. Privatr. in seiner Anwendung auf teutsche Gerichte §. 974. Mackeldey Lehrb. des heut. röm. Rechts §. 427. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gemein. Civilrechts Buch V. §. 154. Ad. Karl Heinr. v. Hartitzsch das Erbrecht nach röm. und heut. Rechten §. 136. Nr. 1. Warnkoenig commentar. juris Rom. priv. T. III. §. 1113.

23) Auch in meiner doctrina Pandectarum T. III. §. 774. Nr. I. in f. wird diese Ansicht vorgetragen, doch mit der im Texte erwähnten Modification.

24) a. a. O. S. 71 — 73.

25) Diss. cit. Cap. V. p. 35 — 41.

26) Notherbenrecht §. 44. S. 517 — 519.

trimonio nati debitum bonorum subsidium consequantur, ad patrimonium tuum revertetur."

Ausgemacht ist, daß der Schenker selbst anfrägt, und die Kaiser ihm rescribiren: es solle ein gewisser Theil, von der Schenkung abgezogen, in des Schenkers Vermögen wieder zurückkommen. Daß die Kaiser hiemit gemeint haben könnten, die Kinder sollten dereinst einen Theil des Geschenkten, als zum Nachlaß des Vaters gehörig zurückfordern dürfen, läßt sich aus grammatischen Gründen gewiß nicht vertheidigen. Denn sicher kam es den Kaisern nicht in den Sinn, einen Nachlaß als das patrimonium des Erblassers zu bezeichnen, der Gebrauch des Futurums (revertetur) aber, worauf die Gegner sich hauptsächlich stützen, rechtfertigt sich von selbst dadurch, daß doch erst die Klage angestellt werden muß, ehe das geschenkte Gut wieder an den Schenker zurückkommen kann; wie denn aus ähnlichen Gründen der Gebrauch des futuri in den Rescripten sehr gewöhnlich ist[27]. Dagegen erinnert man nun hauptsächlich, es sey höchst ungereimt, dem Schenker selbst die querela inofficiosae donationis, also eine Beschwerde über seine eigne Lieblosigkeit einzuräumen, und auch im Namen seiner verletzten Kinder könne er nicht auftreten, da den Kindern bei Lebzeiten des Vaters noch kein Pflichttheil gebühre. Dies alles ist sehr wahr, aber die Stelle sagt ja auch nicht entfernt, daß dem Anfragenden die Lieblosigkeits-Klage, — eine actio ad exemplum querelae inofficiosi gestattet seyn solle; sie enthielt vielmehr eine Entscheidung, die

27) M. s. z. B. gleich die drei folgenden Stellen (L. 6 — 8. *de inoff. donat.*). Andere Beispiele wird man beim bloßen Durchblättern des Codex Constitutionum fast auf jeder Seite finden.

eben so vernunftgemäß als billig ist, indessen nicht auf einer Anwendung der Grundsätze vom Notherbenrechte beruht. — Ein Vater verschenkt sein gesammtes Vermögen an seine aus der Gewalt entlassenen Kinder. Andere Kinder hatte er zur Zeit der Schenkung nicht, wohl aber werden ihm später noch Kinder geboren, oder er hat, etwa weil er sich wieder verheirathet, Aussicht auf eine neue Descendenz. Ein rechtlicher Anspruch auf das verschenkte Vermögen ist für die Nachgebornen nicht vorhanden; denn auf das Recht lieblose Schenkungen zu rescindiren, können sie sich nicht berufen, da ja unmöglich gesagt werden kann, der Vater habe durch die Schenkung seine Kinder verletzt, welche zu der Zeit, wo dieselbe erfolgte, noch gar nicht existirten. Indessen erfolgt auf sein desfalsiges Anhalten ein kaiserlicher Billigkeits-Ausspruch, daß er so viel, als zur Ausschließung der Querel erforderlich sey, (also den Pflichttheils-Betrag) für jedes später geborne Kind zurückfordern könne.

Mit dieser Erklärung stimmen die Basiliken fast buchstäblich überein [28]), und es ist wohl nur eine unrichtige

28) Lib. XLI. Tit. IV. Fr. 5. (T. V. p. 479.). Nach der Fabrotschen Uebersetzung lautet die Interpretation wie folgt: „Quidam, duos habens filios emancipatos, totas facultates suas donationibus in eos collatis vacue fecerat. Postea filius ei natus est, vel nepos ex filio, qui jam decesserat. (Es wird hierbei vielleicht vorausgesetzt, daß der Sohn zur Zeit der gemachten Schenkung nicht mehr lebte, allein eine schwangere Gattin hinterließ). Pater donationes omnes revocari desiderabat, quod filii vel nepotes postea nati bonis ejus defraudarentur. Constitutio igitur, *quia valere donationes animadvertit*, *nec in fraudem filii factas*, (*nec enim tunc in rebus humanis erat*), jubet, ratas quidem esse donationes, partem autem ex

Voraussetzung, daß das Rescript von einer Revocation der Schenkung durch die s. g. querela inofficiosae donationis rede, als der Grund anzusehen, warum dieselbe nicht allgemein angenommen ist. Indessen wird dagegen auch noch bemerkt, daß die Constitution, wäre sie von einer Schenkung zu verstehen, welche der Schenker selbst zu widerrufen befugt sey, dem Titel de revocandis donationibus, nicht aber dem de inofficiosis donationibus würde einverleibt worden seyn [29]. Nun hat es allerdings seine Richtigkeit, daß eine Stelle im Zweifel so auszulegen ist, wie Geist und Inhalt des Titels, worunter dieselbe steht, es erfordern [30]. Allein bekannt ist auch, daß nicht selten die Compilatoren durch einen Ausdruck, oder einen ähnlichen Gedanken sich verleiten ließen, ein Excerpt dahin zu stellen, wohin es seinem hauptsächlichen Inhalte nach nicht gehört [31]. Jene Regel kann

ipsis detrahi, quae filio relinqui debuit, et trientem ab intestato successionis efficere". — Daß auch Justinians Zeitgenossen diese Constitution eben so verstanden, setzen die Scholien zu dieser Stelle ausser Zweifel (ebendas. p. 487 squ. Schol. g). Auch macht Thaleläus die Bemerkung: es sey diese Verordnung ein kaiserlicher Machtspruch und gegen die Rechtsregeln (also jus singulare): Ἡ διάταξις αὐθεντία ἐστὶν, ἡ παρὰ τοὺς κανόνας. — Auf die Basiliken und deren Scholien gründet auch Hille (s. Note 25.) seine übereinstimmende Erklärung, unabhängig davon aber, wie es scheint, kommen Zimmern und Franke (s. Note 24. u. 26.) auf dasselbe wesentliche Resultat.

29) Glück Bd. VII. des Commentars S. 169.

30) Thibaut Theorie der log. Auslegung §. 36. S. 151. (der 2ten Aufl.)

31) S. über diese, von den Neueren sogenannten leges fugitivae s. erraticae, Cujacii observation. Lib. III. cap. 37.

also da nicht zur Anwendung kommen, wo der wahre Sinn einer Stelle sich aus andern Gründen erkennen läßt. Hier kommt auch noch hinzu, daß das zur Frage stehende Rescript, da es die Aufrufung der Schenkung nicht unbedingt, sondern nur für den Pflichttheilsbetrag der nachgebornen Kinder gestattet, in der That auch mit dem übrigen Inhalt des Titels sinnverwandt ist und daher wohl sehr absichtlich hieher gestellt wurde. Es ist aber auch ganz unnöthig, wenn man unser Rescript von einem Revocationsrecht des Schenkgebers versteht, es mit einer bekannten Verordnung des Kaisers Constantius, wonach ein Patron die seinen Freigelassenen gemachten Geschenke ganz wieder anfechten kann, wenn ihm in der Folge Kinder geboren werden [32], in Verbindung zu

und ECKHARDI Herm. jur. Lib. I. §. 169 — 175., nebst den dazu gehörigen Noten von Walch.

32) L. 8. C. de revocand. donat. VIII. 56. (Th. Cod. L. 2. *de revocand. donat.* VIII. 13.). „Si unquam libertis patronus filios non habens bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et postea susceperit liberos, totum, quicquid largitus fuerit, revertatur, in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum". (S. Bd. VII. des Commentars S. 170. Note 38.). — In der L. 1. Cod. *eod.* (ein Rescript vom K. Philippus aus dem Jahre 249) wird dem Patron das Recht der Revocation auch ohne jene Bedingung zugestanden, jedoch nur „si ingratus sit (libertus)". Vollständiger findet sich dies Rescript in den Vaticanischen Fragmenten §. 272., doch fehlen die Worte *si ingratus sit*, und es leidet durchaus keinen Zweifel, daß sie von Justinians Compilatoren herrühren, wie denn überhaupt diese Constitution stark interpolirt ist. Daher nehmen denn jetzt die meisten Juristen an, daß sonst der Patron unbedingt und ohne eine Ursache anzuführen und zu erweisen, seinem Freigelassenen gemachte

bringen, oder sich zur Erläuterung darauf zu beziehen [33]).

Geschenke habe aufrufen dürfen; es sey nach der Eigenthümlichkeit des Verhältnisses zwischen dem Patron und dem Freigelassenen allemal präsumirt worden, daß der Widerruf nicht ohne Ursache geschehen sey, sondern der Freigelassene durch Mangel an Folgsamkeit und Ehrerbietung dazu Veranlassung gegeben habe. (Hasse von dem Recht der Lex Cincia, in dem von ihm u. A. herausgegebenen Rheinischen Museum für Jurisprudenz u. s. w. Bd. I. S. 227. Schrader in der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft 2. Bd. Tüb. 1826. 1. Heft. S. 186). Mex. Aug. v. Buchholz zu seiner Ausgabe der Vaticana fragmenta ad h. l.). Franke Notherbenrecht S. 519. Not. 3.). Noch weiter geht *Car. Fr. Chr.* WENCK (in praefat. HAUBOLDI opusculis Vol. I. prooem. p. XLIV.), welcher hierin nicht einmal ein singuläres Recht der Patrone findet, sondern annimmt, daß dies Rescript nur eine Anwendung des durch den Prätor erweiterten Rechts der Lex Cincia enthalte, vermöge dessen jede große Schenkung habe widerrufen werden dürfen. Doch ist diese, durchaus singuläre, Meinung leicht zu widerlegen (s. Schrader a. a. O.), und eben so wenig hat die Vermuthung von *Car. Aug.* GOTTSCHALK (Selecta disceptation. forens. capita, ed. 2. T. II. cap. 32. p. 387 squ.), daß die Constitution des K. Philippus nur auf libertos dediditios zu beziehen sey, irgend haltbare Gründe für sich. Indessen mit der gewöhnlichen Erklärung ist es schwer zu vereinigen, daß über hundert Jahre später durch L. 8. C. de revoc. donat. dem Patron der Widerruf einer Schenkung wegen nachgeborner Kinder noch erst gestattet wurde. Dieser Einwurf wird auch nicht widerlegt durch Hasse's Bemerkung, „daß der Patron pönitiren konnte wegen nachgeborner Kinder, sey nur ein Rest gewesen von jenem allgemeinen Recht der Patrone, zu pönitiren". Denn als bloße einschränkende Bestimmung eines früher bestandenen allgemeineren Rechts erscheint das Gesetz des Constantius wahrlich nicht, und dann, wie leicht ist es nicht, wenn der-

Eine Aehnlichkeit der Fälle ist allerdings vorhanden, in-

gleichen Voraussetzungen erlaubt sind, alle mögliche Interpretations-Schwierigkeiten zu beseitigen! Auch passt hierzu eine andere Stelle der Vaticanischen Fragmente (§. 275.) nicht, worin die Kaiser Diocletian und Maximian rescribiren, daß ein Patron (— denn nur von einem solchen ist das Rescript zu verstehen (Hasse a. a. O. S. 228., *de* Buchholtz l. l. in not. ad l. l.) — die Schenkung aufrufen dürfe; „si parum gratus existat, cui dono res data est". Wenn Hasse die Worte „parum gratus" so versteht, daß der Beschenkte nur nicht recht dankbar gewesen sey (a. a. O. S. 229.), so verliert dadurch der kaiserliche Ausspruch offenbar alle juristische Bestimmtheit, und nicht glücklicher scheint mir von Buchholtz in Beseitigung dieser Schwierigkeit zu seyn, wenn er vorschlägt, bei jenen Worten *praesertim* zu subintelligiren. Freilich käme ein ganz anderer Sinn zum Vorschein, wenn die Kaiser wirklich geschrieben hätten: et *praesertim* si parum gratus existat; allein um so weniger sind wir zu einer solchen Subintellection berechtigt. — Erwägt man alle diese Gründe, welche der jetzt gangbaren Ansicht im Wege stehen, so dürfte wohl die folgende Erklärung nicht zu verwerfen seyn. Der Kaiser Philippus drückt sich zwar zuerst so aus, als ob lediglich der Wille des Patrons für die Zulässigkeit des Widerrufs in Betracht komme. Er stützt aber hiernächst seine Entscheidung noch auf den besondern Grund: „Nam qui obsequiis suis liberalitatem patronorum provocaverunt, sunt digni, qui eam non retineant, *cum coeperint obsequia negligere, cum magis eos collata liberalitas ad obsequium inclinare debeat, quam ad insolentiam erigere*". Offenbar war also in der Supplik auf das undankbare Benehmen des Freigelassenen Bezug genommen, und nur unter dieser Voraussetzung macht der Kaiser den Fortbestand der Schenkung von dem Willen des Patrons abhängig; Justinians Compilatoren sprechen daher durch den Zusatz: „si ingratus sit" den wahren Sinn des Rescripts

dem hier, wie in unserem Falle, die Aufrufung der Schenkung von dem Donator selbst und zwar seiner nachgebornen Kinder wegen geschehen kann. Allein beide sind ihrem Rechtsgrunde, wie ihrer Wirkung nach durchaus von einander verschieden, und ein Schluß von einem auf den andern kann nur Verwirrungen erzeugen, wie denn die auf dieselben sich beziehenden rechtlichen Bestimmungen außer Zweifel auch völlig unabhängig von einander entstanden.

Die L. 5. C. *de revocandis donationib.* nun spricht nur von dem Falle, wenn ein Vater sein ganzes Vermögen und zwar an die eigenen Kinder verschenkt hat. Allein da es ein bloßes Rescript und kein Grund ersichtlich ist, weshalb gerade nur gegen die eigenen Kinder des Schenkers und nicht auch gegen dritte Personen das Revocationsrecht eintreten solle [34]), und da ferner der Zweck offenbar ist, dafür zu sorgen, daß den nachgebornen Kindern ihr Pflichttheil verbleibe, so kann man den in der Constitution enthaltenen Rechtssatz so ausdrücken: wenn Jemand sein ganzes Vermögen oder einen be-

nur kürzer und bestimmter aus. Diese Erklärung wird um so wahrscheinlicher, wenn man bedenkt, daß zur Zeit des Kaisers Philippus, ausser dem Patronatverhältnisse, die Revocation einer Schenkung wegen Undankes noch überall nicht gestattet war. (Hasse a. a. O. S. 228.). — Wesentlich mit meiner Erklärung übereinstimmend ist Hille in der angef. Dissertation p. 37 squ.

33) Dies geschieht namentlich von Cujacius observ. Lib. XX. cap. 5., und in der expositio ad Nov. 92.

34) Viel eher würde das Gegentheil anzunehmen seyn, da bekanntlich Kinder zu den personis exceptis hinsichtlich der Einschränkungen der Lex Cincia gehörten, Vat. Fr. §. 298.

trächtlichen Theil desselben verschenkt, so darf er von dem Beschenkten so viel als der Pflichttheil der nachgebornen Kinder beträgt, wieder zurückfordern [35]. Auf einer verkehrten Anwendung der L. 8. C. *de revocand. donat.* beruht es aber, wenn Manche glauben, daß nach diesem Gesetze, die von einem Kinderlosen gemachten Schenkungen allemal propter supervenientiam liberorum rescindirt werden könnten, jene Vorschrift also auf der Präsumtion beruhe, daß der Schenker, wenn er bereits Kinder gehabt hätte, nicht so viel weggeschenkt haben würde [36]. Das Gesetz giebt dem Patron die Befugniß aus der gedachten Ursache die Schenkung vollständig wieder aufzulösen, („totum, quicquid largitus fuerit, revertatur"). Die L. 5. Cod. *h. t.* dagegen gestattet nur eine theilweise Rescission [37]. Beide Gesetze können also

35) In der Hauptsache stimmt hiermit überein Hille Diss. cit. p. 36. in f. sequ.; nur scheint derselbe das Revocationsrecht auf den Fall zu beschränken, wenn der Donator sein ganzes Vermögen verschenkt hat.

36) Glossa Accursii ad h. l. (Andere Glossatoren waren der entgegengesetzten Meinung. S. die Summa Azonis ad h. l.) Dem Accursius folgten auch Bartolus (ad L. 87. §. 3. D. *de leg. II.*), Cujacius (observ. Lib. XX. cap. 5.) u. A. Von den Neueren schließen sich an diese Meinung an Hofacker Principia jur. civil. Rom. Germ. T. II. §. 1003 Günther Principia juris Rom. priv. noviss. T. II. §. 1052. Nr. III. (Beide Schriftsteller berufen sich auf Tiraquellus, welcher freilich die Gründe für diese Ansicht sehr ausführlich vorträgt, übrigens die entgegengesetzte Meinung vertheidigt).

37) Gestritten wird freilich auch über das Quantum, welches nach L. 5. C. *h. t.* revocirt werden kann, indessen nur darüber, ob der ganze Intestaterbtheil zurück verlangt werden kann (wie dies namentlich Zimmern a. a. O. S. 73. be-

neben einander nicht bestehen, sobald man der L. 8. C. *de rev. don.* die Bedeutung einer allgemein geltenden, nicht blos auf das Patronat-Verhältniß beschränkten Rechtsvorschrift beilegt. Auch ist überall kein Grund vorhanden, die frühere Constitution (die L. 5. C. *h. t.*) als bloße historische Relation (wie wir deren freilich in dem Codex Constitutionum genug finden [38]) über den Anfang eines späterhin viel weiter gehenden Rechts zu betrachten. Ganz abgesehen nämlich davon, daß beide Constitutionen alsdann in demselben Titel stehen würden, so ist in der letztern das Patronatsverhältniß ganz deutlich als der eigentliche Grund der gesetzlichen Bestimmung hervorgehoben, von einer Ausdehnung auf Schenkungen unter Freigebornen kann also um so weniger die Rede seyn, als die Constitution nicht etwa ein bloßes, die Entscheidung eines concreten Rechtsfalles betreffendes Rescript ist, sondern eine an den Praefectus urbi, welchem unter anderen die Schlichtung der Rechtshändel zwischen Patronen und deren Freigelassenen oblag, gerichtete allgemeine Vorschrift. Aus diesen Gründen hat denn auch von jeher die Mehrzahl der Rechtslehrer sich gegen die analoge Anwendung der L. 8. cit. erklärt [39]. Nichts-

hauptet, oder nur der Pflichttheilsbetrag. Ausser Streit aber ist, daß nicht das Ganze, wie nach L. 8. C. *de revoc. donat.*, Gegenstand der Revocationsklage ist.

38) S. meine doctrina Pandectar. Vol. I. §. 11. in f.

39) Am ausführlichsten *Andr.* Tiraquellus in comment. ad L. 8. C. *de revoc. donat.* ad voc. *libertis* (in opp. T. VI. Frf. 1597. p. 41—70.). Andere nennt Glück Bd. VII. des Commentars S. 170. S. auch *F. G.* Zollner Exercit. an donatio inter vivos legitime facta ob supervenientiam liberorum revocari possit? Lips. 1767. 4. —

destoweniger berufen sich Einige, welche sonst aus theoretischen Gründen gegen die Ausdehnung sind, oder dieselbe doch nicht für unbedenklich halten, auf einen entgegenstehenden Gerichtsgebrauch [40]. Die Berufung auf Praxis und Gerichtsgebrauch findet sich bei unsern juristischen Schriftstellern häufig genug, ohne daß man es mit dem Beweise eben genau nimmt. Dies darf man auch hier wohl sagen. Allerdings ist nicht zu läugnen, daß in einzelnen Fällen die Rescission beträchtlicher Schenkungen zugelassen ist, weil sich aus den Umständen ergab, daß der Schenker dieselben wahrscheinlich nicht gemacht haben würde, hätte er damals schon eine legitime Descendenz gehabt, wobei man denn die Entscheidung, um ihr doch eine positive Grundlage zu geben, auf die L. 8. C. *de revocand. donationib.* stützte [41]. Daß indessen ein fester

Schweppe das röm. Privatrecht. §. 502. a. E. Gottschalk select. discept. T. II. cap. XXXII. p. 391 squ. Meine doctr. Pand. Vol. II. §. 444. Seuffert Lehrbuch des pract. Pandektenrechts Bd. II. §. 365. a. E. F. Warnkoenig commentarii juris. Rom. priv. T. II. p. 369.

40) Pufendorf observat. jur. univ. T. III. obs. 157. Höpfners Commentar §. 412. Nr. 3. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, Erört. XCII. Mackeldey Lehrb. des röm. Rechts §. 427. Not. f. (der 9ten Aufl.)

41) Solche Entscheidungen finden sich in den vorher (Note 39. 40.) angeführten Schriften von Gottschalk und Pufendorf. Schwankend wird übrigens diese Anordnung auch noch dadurch, daß man nur die Revocation beträchtlicher Schenkungen gestattet. „Die Bestimmung darüber, (sagt Hagemann a. a. O.) ob eine gemachte Donation beträchtlich sey, oder nicht, ist lediglich der Beurtheilung des Richters überlassen, der die dabei eintretenden Umstände jedesmal beson-

Gerichtsgebrauch für die Ausdehnung sich nicht gebildet habe, geht allein schon aus den Streitigkeiten der theoretischen und praktischen Juristen über den Sinn der L. 5. Cod. *h. t.* hervor: ob nämlich überhaupt dem Schenker selbst, oder nur dem im Pflichttheile durch die Schenkung verletzten Kindern selbst ein Revocationsrecht zustehe, und ob eine solche Schenkung nur für den Pflichttheilsbetrag, oder für den ganzen Intestaterbtheil der nachgebornen Kinder rescindirt werde? Darüber würde ja unmöglich gestritten werden können, wenn es schon durch Gerichtsgebrauch fest stände, daß ein Donator, nachgeborner Kinder wegen, alle, oder doch beträchtliche Schenkungen ganz revociren könne!

Auch auf den Fall will man das Recht des Widerrufs anwenden, wenn der Schenker zwar Kinder hat, allein über deren Existenz irrte, z. B. sie für verstorben hielt [42]. An einem eigentlich juristischen Grunde für diese Ausdehnung fehlt es ebenfalls, da das ganze Revocationsrecht etwas höchst Singuläres ist. Indessen spricht hier allerdings eine gleiche Billigkeit für die Zulassung

ders zu prüfen und zu berücksichtigen hat. Das Oberappellationsgericht hielt eine Schenkung von 600 Rthl. gegen ein Vermögen von 10,000 Rthl. nicht für beträchtlich." Wie nun aber, wenn die Schenkungssumme sich auf so viel belaufen hätte, daß das Gericht keinen Anstand finden konnte, die Schenkung für beträchtlich zu halten, — würde man alsdann die Revocation auf die ganze Summe zugelassen haben (wie die L. 8. cit. vorschreibt), oder nur in soweit die Schenkung als eine beträchtliche erscheint? Letzteres erfordert die Consequenz, kann aber, wenn nicht der Gesetzgeber eine feste Grenze bestimmt, gar leicht in bloße Richterwillkühr ausarten.

42) Hagemann a. a. O.

des Widerrufs, und die Gerichte werden um so eher geneigt seyn, die Revocation einer durch solchen Irrthum veranlaßten Schenkung wenigstens nach der Analogie der L. 5. C. ad *h. t.* (also für den Pflichttheils-Betrag) zu gestatten, als derselbe auf andere Rechtsgründe nicht wohl gestützt werden kann. Denn ein Irrthum über das Motiv kommt bei Schenkungen als wesentlich, mithin als rescindirend, nicht in Betracht; und wird überhaupt (außer dem Fall einer darauf gerichteten Bedingung) bei Verträgen nur berücksichtigt, soferne man in der Meinung, etwas schuldig zu seyn, eine Nichtschuld erfüllt hat [43]. Es können hier auch nicht etwa die Entscheidungen römischer Kaiser, wonach ein Notherbe, den der Testirer übergangen hatte, weil er ihn für gestorben hielt, an die Stelle des eingesetzten Erben treten soll [44], zur Anwendung gebracht werden. Sie gewähren uns für den jetzt zur Frage stehenden Fall durchaus keinen juristischen Anhaltspunkt, theils weil ein solcher Irrthum bei letzwilligen Verfügungen ein wesentlicher ist [45], theils weil von dem Eintreten in das Recht eines Andern hier gar nicht die Rede seyn kann.

Kann nun aber das Revocationsrecht den nachgebornen oder durch einen Irrthum des Schenkers verkürzten Kindern selbst zugestanden werden? Daß sie es beim Leben das Vaters nicht ausüben dürfen, ist wohl nicht zu bezweifeln, da sie ihre Berechtigung hierzu immer nur auf ihr Notherbenrecht stützen können, ein solches Recht

43) L. 65. §. 2. D. *de condict. indeb.* (XII. 6.) L. 1. §. 1. *eod.*

44) L. 28. D. *de inoff. test.* L. 92. D. *de hered. instit.* (XXVIII. 5.)

45) S. Bd. XXXV. des Commentars. S. 380.

aber seiner Natur nach vor dem Tode des zu Beerbenden nicht existirt [46]. Daß ihnen indessen nach dem Tode des Schenkers der Widerruf zustehe, wird wohl ziemlich allgemein angenommen [47]. Streng genommen fehlt es aber auch dafür an hinreichender Begründung. Das Rescissionsrecht liebloser Schenkungen können nachgeborne Kinder selbst alsdann nicht in Anspruch nehmen, wenn man es auch unabhängig von einer absichtlichen Verletzung des Notherbenrechts eintreten läßt, weil sie ja zur Zeit der geschehenen Schenkung noch gar nicht existirten. Andere Gründe, jene Befugniß auf die Kinder selbst zu erstrecken, sind ebenfalls nicht vorhanden, da das Gesetz ja nur von einem reverti in patrimonium donatoris spricht. Da indessen über die Bedeutung dieses Ausdrucks gestritten wird, und viele Juristen ja sogar nur den Kindern und nicht auch dem Schenker selbst das Rescissionsrecht gestatten (Note 21 u. 22), so wird es dem Richter, welcher hier die Billigkeit üben will, so wenig an Gründen, als an Auctoritäten dafür fehlen.

Wenden wir uns nunmehr wieder zu unserer querela inofficiosae donationis, so entsteht

II) die Frage: gegen wen die Klage zu richten sey? Glück [48] hält sie mit vielen Andern für eine qualificirte Erbschaftsklage, gleich der querela inofficiosi

46) Gottschalk sel. disceptation. for. T. II. cap. XXXII. p. 392 sqqu. Hille Diss. cit. p. 35.

47) M. s. die in Note 21 u. 22. angef. Schriften; auch Franke Notherbenrecht S. 519.

48) Bd. VII. des Commentars S. 174—176. Die wichtigern Schriften sind hier angeführt. Von den Neuern tritt ihm bei v. Wening-Ingenheim Lehrb. Buch V. §. 154.

testamenti, und schließt daraus, daß sie nicht nur gegen den Beschenkten, sondern auch gegen einen jeden angestellt werden könne, welcher das Geschenk besitzt, und läugnet, daß der Kläger dadurch in seinem Pflichttheil verkürzt sey. Zum Beweise daß die Klage keine blos persönliche sey, beruft er sich mit H. Donellus auch auf den Grund, daß eine persönliche Klage nur aus einer obligatio entstehe, der Beklagte aber sich hier dem Kläger durch kein factum verbindlich gemacht habe [49]. Indessen kann die Richtigkeit dieser Meinung nicht zugegeben werden. Denn

1) ist eine absolute Gleichheit zwischen der querela inofficiosi testamenti und dieser Klage ganz unmöglich, da der Beklagte hier ja nicht aus einem erbschaftlichen Titel besitzt, und der Kläger nicht erst Erbrecht zuerkannt haben will [50], sondern bei ihm vielmehr vorausgesetzt werden muß, daß er Erbe des Schenkers sey; wäre dies noch zu bezweifeln, so müßte die Erbenqualität vorerst noch durch eine Activlegitimation festgestellt werden [51].

49) Donellus comment. jur. civil. Lib. XIX. cap. XI. §. 19 (Vol. XII. p. 313. der Ausg. von Bucher) argumentirt so: alle persönlichen Klagen entspringen entweder ex contractu, oder quasi ex contractu, oder ex maleficio, oder quasi ex maleficio. Weil nun keins dieser Fundamente auf unsere Klage passe, so könne sie auch keine Personalklage sein. Mit Recht erklärt Franke (Notherbenrecht S. 520.) dieses Argument eines Donellus unwürdig.

50) Dies erlangt nämlich der Kläger mittelst der querela de inofficioso testamento, welche eine hereditatis petitio aus dem Grunde eines pflichtwidrigen Testaments ist. (S. Bd. XXXV. §. 1421. e. S. 349.)

51) S. Genslers Abhandlung über Legitimation §. 2. Nr. 3.

Andere Verschiedenheiten finden sich in unseren Rechtsquellen selbst anerkannt [52]. Wenn es also heißt: juxta formam de inofficioso testamento constitutam, ad similitudinem inofficiosi testamenti querelae u. s. w. werde auch die Klage wegen Rescission solcher Schenkungen gegeben, so wird dadurch allerdings auf eine Aehnlichkeit beider Klagen, sowohl in Ansehung ihres Grundes, als ihrer rechtlichen Natur hingewiesen, und es darf daher wohl angenommen werden, daß die Klage auf Rescission liebloser Schenkungen im Zweifel überall nach der Analogie der querela inoff. testamenti behandelt werden müsse [53]; jedoch versteht sich hierbei von selbst die Modification; soferne nicht die Natur der Sache und der Begriffe ein Anderes mit sich bringen, oder sich Verschiedenheiten zwischen beiden aus den besonderen Bestimmungen der Quellen über das neue Rechtsmittel nachweisen lassen. Dies aber ist hier der Fall. Zu den dafür bereits oben angeführten Gründen füge ich noch den hinzu, daß eine an sich giltige Schenkung theilweise rescindirt werden soll, Rescissionsklagen aber in der Regel persönliche sind [54]. Von dieser Regel giebt es allerdings manche Ausnahmen, allein keine derselben trifft in unserem Falle zu. Sie lassen sich nämlich insgesammt auf

(in dessen Handbuche zu Martins Lehrb. des bürgerl. Prozesses Bd. I. Abth. V. S. 117).

52) So in Ansehung des Quanti, worauf die quer. inoff. donationis gerichtet ist. Z. B. in L. 8. pr. in f. C. *h. t.* Doch wird hierüber freilich noch gestritten. S. unten Nr. IV.

53) Hille dissert. cit. cap. II. in f. p. 16.

54) Meine doctrina Pandectar. Vol. II. §. 271. (ed. 3.) Burchhardi die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. §. 22. Nr. III. S. 416 fgg.

folgende Klassen zurückführen: a) wenn durch Adjunction nur widerruflich Eigenthum erworben ist [55]; b) wenn die Uebertragung des Eigenthums nur für eine gewisse Zeit, oder unter Hinzufügung einer Bedingung erfolgt ist [56]; c) wenn da, wo die Regel sonst eingreifen würde, aus besonderen Gründen Ausnahmen ausdrücklich zugelassen sind [57]. Wäre nun unsere Rescissionsklage dinglich, so würde sie nur zu dieser dritten Klasse gehören können, also dafür ein ausdrückliches Anerkenntniß in den Rechtsquellen nachgewiesen werden müssen, woran es aber entschieden fehlt.

2) Es kann aber auch, hiervon ganz abgesehen, die analoge Anwendung der querela inofficiosi testamenti nur dahin führen, daß die Rescissionsklage gegen dritte Besitzer der verschenkten Sachen zugelassen werden müßte. Denn jene Klage selbst ist in Ansehung der Person des Beklagten beschränkt; sie geht nicht wider dritte Besitzer von Erbschaftssachen, sondern nur wider den eingesetzten Erben, und wer an dessen Stelle tritt (qui heredis loco est) [58]. Nur von dem Erben des Beschenkten aber kann man sagen, er trete an die Stelle

55) L. 23. §. 5. D. *de rei vind.* (VI. 1.)

56) M. s. über diese Fälle und über die Beschränkungen, welche auch der obige Satz wiederum leidet, meine doctrina Pandect. a. a. O. not. 5—7 und den dazu gehörigen Text.

57) Dies ist der Fall in Ansehung einzelner prätorischer Restitutionen, die ausnahmsweise gegen einen dritten Besitzer (in rem) wirken; z. B. L. 9. §. 4 et 8. D. *quod metus causa* (IV. 2.) L. 13. §. 1. D. *de minor.* (IV. 4.) — Burchardi a. a. O. S. 419 fg.

58) S. diesen Commentar Bd. VII. §. 556. S. 407 fgg. und Bd. XXXV. §. 1421. e. S. 356 fgg.

desselben, — er sey gewissermassen als der Beschenkte selber zu betrachten [59]) nicht von einem blossen Singular-Successor.

3) Vollends schwach ist das Gegenargument, daß persönliche Klagen nur wider den statt finden, welcher sich dem Kläger durch ein obligatorisches Factum verbindlich gemacht hat. Offenbar ist dabei nicht an die zahlreiche Klassen der Obligationen gedacht, die ihren Grund im Gesetze, oder im Ediet haben [60]) und welche von den Neuern unmittelbare genannt zu werden pflegen [61]). Eine solche unmittelbare Obligation nun treffen wir hier an; das Gesetz verpflichtet den, welcher nach gewöhnlichen Begriffen nicht obligirt seyn würde, das, was er oder sein Erblasser aus einem an sich rechtsgiltigen Geschäft empfangen hat, wieder zu restituiren [62]).

III. Eine sehr bestrittene Frage ist: erfordert die Begründung der Rescissionsklage, daß die Schenkung in der Absicht geschehen sey, den Notherben dadurch zu ent-

59) Daß es auch in dieser Hinsicht noch Beschränkungen giebt, indem namentlich die Rescissionsklage wegen Undankbarkeit nicht wider den Erben des Donatars statt findet (L. 10. in f. C. *de revoc. donat.*) soll hier nur beiläufig bemerkt seyn.

60) L. 52. pr. D. *de Obl. et Act.* (XLIV. 7.) „Obligamur — — aut lege, aut jure honorario" —.

61) S. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 5. §. 31 — 35. — Nur gegen die Terminologie und gegen ein auf diese Eintheilung gegründetes wissenschaftliches Lehrgebäude sind die Erinnerungen Thibauts (in den Versuchen Bd. I. Abh. XII. S. 237 fgg.) gerichtet, nicht gegen die ihr zu Grunde liegenden Begriffe selbst.

62) Vgl. Franke a. a. O. S. 520 fg.

ziehen, was der Erblasser ihnen sonst durch letzten Willen zu entziehen nicht vermocht hätte, oder muß nicht vielmehr schon jede den Pflichttheil verkürzende Schenkung an und für sich als eine inofficiose betrachtet werden? Die zahlreichen Vertheidiger der letzten Meinung [63]) beziehen sich auch hier ganz vorzüglich auf die Analogie der querela inofficiosi testamenti. Allein diese Klage setzt ja ebenfalls eine bösliche, oder doch wenigstens eine lieblose Entziehung des Pflichttheils voraus, und es kann nicht zugegeben werden, wenn Franke behauptet, daß nachdem die Inofficiositäts-Querel einmal eingeführt war, auf Lieblosigkeit des Testirers nicht weiter gesehen worden sey, sondern nur darauf, ob die Notherben im Pflichttheile verkürzt seyen, oder nicht [64]). Vielmehr hatte eine auf bloßem Irrthume beruhende Ausschließung oder Uebergehung des Notherben ganz andere Folgen, als die Querel, indem alsdann entweder die testamentarische Verfügung gar nicht galt, oder der Notherbe an die Stelle des eingesetzten Erben trat [65]). Sehen wir indessen von

63) Zu ihnen gehört auch Glück (Bd. VII. des Commentars S. 167. Nr. 2. der übrigens diese ganze Frage höchst dürftig abfertigt. Zu den von ihm daselbst Note 29 angeführten Schriften füge ich noch folgende hinzu: Zimmern in der angef. Abhandl. S. 66. Hille l. l. c. IV. p. 27 sequ. Franke Notherbenrecht §. 43. S. 505 fg. (Vgl. auch unten Note 84. 85.)

64) Franke a. a. O. S. 506.

65) Bd. XXXV. des Commentars S. 380—390. — Den Vertheidigern der entgegengesetzten Meinung kann man daher gern zugeben, daß die querela inofficiosi testamenti hier zur Anwendung kommen müsse. — Dadurch suchen sie denn namentlich auch die Berufung auf die Faviana und Calvisiana actio, welche gleichfalls einen dolus voraussetzen, zu

dieser Analogie und überhaupt von rein positiven Gründen einstweilen ab, und versuchen es, den Gegenstand von einem allgemeinen Standpunkte aufzufassen, wodurch am ersten die Interpretation der hier in Betracht kommenden Stellen eine sichere Grundlage erhalten kann [66].

Das Notherbenrecht beschränkt die Dispositionsbefugniß eines Menschen nur in Ansehung seines Nachlasses, und da, was zu diesem gehört, sich erst nach dem Tode zeigen kann, so folgt hieraus von selbst, daß die Entziehung oder Schmälerung des Notherbenrechts eigentlich auch nur durch letztwillige Verfügungen nicht geschehen durfte; denn viventis legitima non datur [67]. Indessen lehrte die Erfahrung, daß eine blosse Beschränkung testamentarischer Verfügungen nicht genüge, um den Notherben den ihnen durch das Gesetz angewiesenen Theil des Nachlasses zu sichern. Was zu diesem gehören werde? ist, so lange der Inhaber des Vermö-

entfernen. (Hillig l. l. p. 36 squ. Franke a. a. O. S. 50[illegible])
Hat es nun gleich allerdings seine Richtigkeit, daß unsere Rescissionsklage sich nicht an die zum Schutze des patronatischen Erbrechts eingeführten Klagen, sondern an die Testamentsquerel anschließt, jenes Recht und das der Notherben auch auf verschiedenen Grundlagen beruhen, so ist doch sonst eine innere Verwandtschaft der Fälle unverkennbar; indessen bedarf die hier vertheidigte Meinung einer solchen Stütze überall nicht.

66) Schon von Hugo Donellus geschieht dies in den commentariis juris civilis Lib. XIX. c. XI. §. 1. 2; vorzüglich aber von Kritz in der angeführten Abhandlung §. 8—13. S. 125 bis zu Ende. — Im Resultate stimmt auch überein v. Wening-Ingenheim Civilr. Buch V. §. 153. Nr. 3.

67) Chr. Thomasii diss. de legitima viventis Cap. I. §. 1.

gens lebt, schwer zu bestimmen. Wenn derselbe aber Vermögensveräusserungen in der Absicht vornimmt, seinen Notherben den ihnen gesetzlich gebührenden Erbtheil zu entziehen oder zu verkürzen, so wird wohl Niemand den Gesetzgeber tadeln, welcher auch dies als Pflichttheilsentziehung behandelt. Und da eine solche Absicht allemal schwer zu erweisen ist, so kann immer noch ein Schritt weiter gegangen, und auch schon als ungebührliche Verletzung des Notherbenrechts betrachtet werden, wenn Jemand auf eine solche Art und unter solchen Umständen sich liberal erweist, wodurch er offenbar eine lieblose Gesinnung wider seine nächsten und durch das Gesetz zum Pflichttheile berufenen Angehörigen an den Tag legt. Es ist nicht eben nöthig, dies einen dolus praesumtus zu benennen [68]; eine lieblose Gesinnung aber, also gerade das, worauf die Inofficiositätsklage gegen ein Testament beruhete [69]; liegt gewiß darin, wenn Jemand sein ganzes Vermögen,

68) Gegen diesen Begriff erklären sich hauptsächlich *P. P. H. de* Dompierre *de* Jonquières Specim. de restitutionib. in integrum Tit. III. §. 8. Hasse die Culpa des röm. Rechts §. 23. Wening über die Vermuthung des bösen Vorsatzes (im neuen Archiv des Criminalrechts von Kleinschrod, Konopak und Mittermaier Bd. II. St. II. Nr. IX. S. 194 fgg. (Auf gewisse Weise vertheidigt wider den dolus praesumtus Kritz a. a. O. S. 133. — Indessen kommt auf diese Differenz überhaupt wenig an, da Alle darin einverstanden sind 1) daß der civilrechtliche dolus, die lata culpa nur Leichtsinn und Frivolität der Gesinnung, nicht gerade eine entschieden schlechte Absicht voraussetzt; 2) daß auch selbst der eigentliche dolus meistens nur aus Indizien erkennbar ist, wobei denn ja auch doch wieder der Beweis des Gegentheils im Allgemeinen für zuläßig zu achten ist.

69) Pr. J. *de inoff. test.* — S. oben Note 65.

oder den größten Theil desselben ohne hinreichenden Grund wegschenkt und dadurch den Seinigen dasjenige entzieht, worauf sie sich nach gewöhnlichen Voraussetzungen dermaleinst Rechnung machen durften. Aber weiter darf der Gesetzgeber das Notherbenrecht nicht ausdehnen; er darf nie vergessen, daß eine legitima viventis doch immer etwas höchst Anomales ist, und man dem Verkehr die drückendsten Fesseln anlegen würde, wollte man die Dispositionsfreiheit eines Menschen über das Seinige so einschränken, als wären seine Angehörigen wirkliche Miteigenthümer seines Vermögens, oder wenigstens Aufseher über seine Handlungen [70]. Oder geschieht dies etwa nicht, wenn man jede Schenkung für inofficiös halten muß, welche die Größe der Summe übersteigt, worüber der Eigenthümer durch Testament frei verfügen kann, — wenn der Mann, welchem seine Geschäfte oder sein Amt ein zureichendes Einkommen gewähren, der aber nur ein geringes Vermögen besitzt, durch Aufopferung desselben sich gegen den nicht dankbar beweisen darf, dem er vielleicht Ehre, Leben und Freiheit zu danken hat [71]? Und

70) Sehr wahr bemerkt Kritz a. a. O. S. 131: „es würde keine legislatorische Einsicht verrathen, Jemanden auf Lebenszeit als Sclaven an sein Vermögen zu fesseln, damit gewissen Notherben ein bestimmtes Quantum zuverlässig verbliebe.“

71) Kritz a. a. O. S. 128. 129. fragt mit Recht: ob Jemand sich getrauen werde, die Schenkung eine unmäßige zu nennen, wenn ein Angeklagter den Sachwalter, dessen angestrengte Bemühungen ihn der Gefahr eines schimpflichen Todes entziehen, von seinem etwa nur aus 500 Thalern bestehenden Vermögen außer den Gebühren noch einige hundert Thaler schenkt, und dadurch den Pflichttheil seiner Kinder schmälert? Er fährt dann fort: „Dasselbe würde der Fall seyn, wenn ein Mann, der 350 Thlr. Vermögen, außer-

überschreitet man einmal den Kreis, den die Natur der Sache und selbst das positive Recht hier gezogen haben, — es soll das Recht gewisser Personen auf einen Theil des Nachlasses durch lieblose Schenkungen (*inofficiosae* donationes) verletzt seyn: so ist in der That nicht abzusehen, warum alsdann nicht noch etwas weiter gegangen, und den Notherben auch die Befugniß zugestanden werden dürfte, jeden übereilten Handel, jede verfehlte Speculation ihres Erblassers anzufechten!

Nur dann also ist dies Rescissionsrecht für begründet zu achten, wenn der Erblasser seine Notherben um ihren Pflichttheil zu betrügen suchte, oder doch durch seine Handlung eine offenbare Lieblosigkeit an den Tag legte. Und daß dies auch wirklich die im römischen Rechte ausgesprochene Ansicht sey, wird jeder bald finden, welcher ohne vorgefaßte Meinung und mit steter Erwägung der Natur und der Gränzen des Notherbenrechts die hieher gehörigen Stellen liest. — Folgende Stellen sprechen ausdrücklich von einer böslichen Absicht des Erblassers, das Notherbenrecht zu vereiteln:

L. 87. §. 3. D. *de legat.* II. „Si liquet tibi — aviam *ob intervertendam querelam* — — patrimonium donationibus exinanisse."

L. 1. C. *h. t.* (Imp. Philippus) „Si, ut allegatis,

dem aber eine auf Lebenszeit gesicherte reichliche Besoldung hat, so daß er eben keine Thorheit begeht, wenn er bei einer an sich vernünftigen Veranlassung 300 Thlr. für irgend ihm besonders nahe gelegene Zwecke der Wohlthätigkeit ausgiebt, eines solchen Zwecks halber wirklich 300 Thlr. wegschenkt. Möchte man ihn wohl der immodicae donationis zeihen wollen, wenn er auch Pflichttheilsberechtigte am Leben haben sollte"?

mater vestra *ad eludendam inofficiosi querelam* paene universas facultates suas — — — donationibus — exhausit — —.

L. 8. pr. C. (Impp. *Diocl. et Maximin.*) „Si liqueat matrem tuam *intervertendae quaestionis inofficiosi causa* patrimonium suum donationibus — — — exhausisse“ 72).

72) Es kann hier auch noch eine Stelle aus den Vaticanischen Fragmenten angeführt werden. Sie lautet so: „*Divi Diocletianus et Constantius Caeciliae Anagrianae.* Si donationibus in unam filiam collatis, quarta non retenta, *patrimonium exhaustum in fraudem ceterorum filiorum probetur*, has rescindi ad instar inofficiosi testamenti sacris constitutionibus parentum nostrorum evidenter continetur.“ Dagegen erwidert man (z. B. Hille l. l. p. 30.), *in fraudem* heiße hier nur zum Nachtheil, zum Schaden der Kinder. — Es ist wahr, fraus wird dem dolus bisweilen entgegen gesetzt (z. B. L. 7. §. 10. D. *de pactis.* II. 14. L. 3. §. 3. D. *pro socio.* XVII. 2.) so auch in der bekannten Sigle *D. M. F. V. C.* i. e. dolo malo fraudisve causa. S. *Valer.* Probi de notis Romanorum, in Gothofredi auctores lat. ling. p. 1459.) Dolus soll nach der Meinung mancher Juristen alsdann auf einen durch Absicht und Hinterlist herbeigeführten, fraus auf einen in der Sache selbst liegenden Nachtheil bezogen werden. „Fraus ex re ipsa venit, ex conventione inconsulto facta“, heißt es bei Cujacius ad L. 3. §. 3. D. *pro soc.* (in comment. ad Lib. XXXII. *Pauli* ad edictum. Ed. Par. T. II. opp. post. p. 508.) Und auf ähnliche Art äussert sich Noodt de pact. et transactionib. c. 15: fraus sey vorhanden, wenn „non adversarii consilium et mala fides fraudi causam praebet, sed rei eventus. (Vgl. auch denselben Schriftsteller in der Abhandl. de forma emendandi doli mali c. 7; in opp. omn. T. I. p. 317.) Indessen, troz dieser gewichtigen Autoritäten,

Indessen wird dagegen hauptsächlich zweierlei erinnert: einmal daß argumenta a contrario bei Rescrip-

kann ich doch hiermit nicht übereinstimmen. Fraus hat bisweilen, besonders bei nicht juristischen Klassikern, eine metaphorische Bedeutung (z. B. ea res fraudi mihi fuit u. a. m.); so wie auch wir wohl sagen: der Erfolg betrog ihn in seinen Erwartungen, u. s. w. Hievon aber abgesehen, lassen sich aus den Stellen, die wir in den nicht juristischen und juristischen Wörterbüchern zahlreich angeführt finden, folgende Hauptbedeutungen entwickeln: a) Fraus ist gleichbedeutend mit *dolus*, dieses Wort in seinem vollen Sinne für Betrug, List, böswillige Absicht genommen. (Vgl. Brissonius de V. S. v. *fraus* §. 2.) Forcellini totius latinitatis Lexicon ead. V. pr. Dolus und fraus werden daher auch öfter als Synonyma zusammengestellt, als Gegensatz der bona fides; b) dolus wird zunächst auf die Absicht, fraus auf den dadurch erreichten Erfolg, auf eine wirkliche Bevortheilung bezogen. (Forcellini l. l.); weshalb denn in der römischen Geschäftssprache beide so häufig mit einander verbunden werden, (z. B. eben in der vorhin erwähnten Clausel: dolo malo fraudisve causa.) c) Bisweilen scheinen freilich dolus und fraus so einander entgegen gesetzt, als ob unter dem letztern Worte blos ein Vermögensverlust, wobei ein Anderer gewinnt, verstanden werde. So insonderheit in der L. 7. §. 10. D. *de pactis*, wo Ulpian bemerkt: der Prätor sage, er wolle einen dolo malo eingegangenen Vertrag nicht aufrecht erhalten, er bestimme aber nichts über den Fall; si fraudandi causa pactum factum dicatur. Nach Labeo's richtiger Bemerkung würde indessen eine solche Bestimmung entweder unbillig, oder überflüssig gewesen seyn. Jenes, weil ja sonst der Gläubiger das, was einmal von ihm erlassen sey, dennoch fordern könnte; überflüssig aber würde es seyn, weil sich ganz von selbst verstehe, daß der dolus vollendet, also der Nachtheil im Rechtssinne schon bewirkt seyn mußte, um dagegen die prätorische Rechtshilfe in Anspruch nehmen zu können; (inest

ten sehr trüglich seyen; wenn daher auch einzelne Fälle, in denen eine böslich Absicht des Schenkers vorlag, An=

enim dolo et fraus). Daß der Nachlaß freiwillig, d. h. ohne Täuschung und Zwang erfolgt war, leidet hiernach nun freilich keinen Zweifel; allein daraus folgt noch nicht, daß der Schuldner keinen Antheil an dem Entschluß des Gläubigers gehabt habe, oder seiner Seits frei von der Absicht, denselben zu bevortheilen, gewesen sey. Nur den durch Täuschung und Hinterlist veranlaßten Vertrag will der Prätor rescindiren, nicht den blos nachtheiligen, wenn gleich der Schuldner, seines Vortheils wegen, den Gläubiger dazu beredet haben sollte, (s. *Guil.* Best ratio emendandi leges. Cap. III. §. 11. 12. — Sammlung römischer Gesetze. Auf Befehl K. Justinians verfertigt. Frankf. u. Leipzig 1785. S. 25.); wie denn überhaupt die Beredung zu einer Handlung, ohne angewandte List und Täuschung, dem Rechtsbestande derselben nicht schadet. L. 9. §. 1. D. *de dolo malo.* (IV. 3.) D. L. 3. *si quis aliquem testari prohibuerit* (XXIX. 6.) L. 3. C. *eod.* (VI. 34.) Leyser medit. ad Pand. Sp. XLII. med. 2. — Fraus also, auch wenn kein eigentlicher dolus damit verbunden ist, setzt doch allemal ein absichtliches Handeln voraus, wodurch Jemanden entzogen wird, was ihm gebührt. Dies wird nicht nur in allen Anwendungen, die von dem Begriffe in unseren Rechtsquellen vorkommen auf das deutlichste anerkannt (z. B. in dem Pandektentitel: *quae in fraudem creditorum* facta XLII. 8.), sondern auch sogar in einer allgemeinen und sehr bestimmten Regel ausgesprochen: „Fraudis interpretatio (heißt es in der L. 79. D. *de regul. jur.*) *semper* in jure civili *non ex eventu dumtaxat, sed ex consilio quoque* desideratur.“ (S. *J.* Gothofredi comment. ad h. l. in operib. minorib. a Trotzio editis p. 952). — Hiernach darf denn wohl das angeführte Rescript aus den Vaticanischen Fragmenten so erklärt werden: die Rescissionsklage sey begründet, wenn bewiesen werde, daß Schenkungen in der Absicht gemacht seyen, den übrigen

laß zur Entstehung der Querel gegeben hätten, so folge immer nicht, daß die Kaiser ohne das Vorhandenseyn einer solchen Absicht anders entschieden haben würden. So dann, daß es ja auch Stellen gebe, welche eine Absicht des Schenkers, den Notherben ihren Pflichttheil zu entziehen, zur Begründung der Querel nicht erfordern.[73])

Den ersten Grund nun anbelangend, so hat es allerdings seine Richtigkeit, daß nicht allemal die in den Responsen der römischen Juristen und in den Rescripten der Kaiser angeführten Thatumstände als wesentliche Momente der Entscheidung betrachtet werden können. Wenn indessen, wie in den vorstehenden Rescripten der Fall ist, die Entscheidung ausdrücklich von der Wahrheit gewisser Thatsachen abhängig gemacht wird, so folgt mit logischer Nothwendigkeit, daß der Erweis dieser Thatsachen als Bedingung des Rechts angesehen werden muß. Und eine weitere Folge ist, daß, soll anders dieses Recht ein allgemein geltendes seyn, jene Bedingung — abgesehen von blossen Zufälligkeiten und Nebenumständen des veranlassenden Falles — immer zutreffen muß, wenn das Recht in Anspruch genommen wird. Sonst müßte der Urheber der Verfügung ohne alle Ueberlegung und Consequenz verfahren seyn. Dies aber darf nicht vermuthet werden, im Gegentheil streitet die Präsumtion stets dafür, daß der Redende, und namentlich der Gesetzgeber, nichts überflüssig und ohne Absicht gesagt, daß vielmehr Alles Zweck

Kindern die Querel zu vereiteln; C. si donationibus — — patrimonium exhaustum in fraudem ceterorum filiorum probetur").

73) Hille in der angeführten Dissertation p. 28. Franke Notherbenrecht. S. 507.

und Bedeutung habe[74]). Wer daher behauptet, daß etwas Ueberflüssiges und Bedeutungsloses in einem Gesetze stehe, muß dies beweisen. In unserem Falle aber wird die Uebereinstimmung des gesetzlichen Ausdrucks mit Zweck und Absicht, also die Anwendung der obigen Präsumtion, noch unterstützt, theils dadurch, daß die Absicht des Schenkgebers, die Querel den Notherben zu vereiteln, schon nach der Natur des ganzen Rechts und nach der Analogie verwandter Rechtsmittel als regelmäßige Bedingung der Rescissionsklage vorausgesetzt werden muß, theils durch die Gleichförmigkeit der Bestimmungen in verschiedenen Rescripten, womit schwerlich die Annahme bestehen kann, daß die hervorgehobenen Worte (ad eludendam inofficiosi querelam u. s. w.) einer blos zufälligen Aehnlichkeit der Fälle in ausserwesentlichen Punkten ihr Daseyn verdanken. Es müßte daher auf unzweifelhafte Weise nachgewiesen werden können, daß dessen ungeachtet die obigen Worte als ausserwesentlich für die Entscheidung betrachtet werden müßten. Diesen Beweis glaubt man nun eben durch jene Stellen führen zu können, welche von einer solchen Bedingung zur Begründung der Rescissionsklage nichts wissen. In den meisten dieser Stellen aber kommen Aeusserungen vor, welche schließen lassen, daß der Schenker, wenn auch nicht gerade betrüglich handelte, doch jedenfalls einen hohen Grad liebloser Gesinnung, die den Beweis der Absichtlichkeit überflüssig macht, an den Tag gelegt hatte — so, wie ja auch die querela inofficiosi testamenti selbst alsdann noch, wenn der Testirer hinsichtlich der Existenz seiner Notherben irrte, begründet seyn kann, weil nämlich eine Lieblosigkeit schon darin liegt, wenn Jemand die Nachricht von dem Tode des Nother-

74) L. 1. §. 2. D. *quod quisque juris in alterum stat.* (II. 2.)

den ohne nähere Erkundigung als wahr annimmt, und sich dadurch zur Einsetzung einer dritten Person bestimmen läßt [75]). — Betrachten wir zuvörderst die Verordnungen selbst.

L. 2. C. *h. t.* „Impp. *Valerianus* et *Gallienus*. Si pater omne patrimonium suum *impetu quodam immensae liberalitatis effudit* — — — is, qui provinciam regit, ad similitudinem inofficiosi testamenti querelae auxilium tibi aequitatis impertiet." (256.)

L. 3. *eod. Iidem.* „Rescripta eos — denotant, qui, quum — — *patrimonium suum immensis donationibus exinanissent, inane nomen heredum liberis reliquerunt.*" (257).

L. 4. *eod.* „Impp. Diocletianus et Maximianus. Si filius tuus *immoderatae liberalitatis effusione patrimonium suum exhausit*, Praesidis provinciae auxilio uteris, qui — — si in integrum restitutionem ex filii persona tibi competere ob improbabilem donationis enormitatem animadverterit, in removendis his, quae perperam gesta sunt, tibi subveniet" [76]). —

75) Bd. XXXV. des Commentars §. 1421. e. S. 383.

76) Diese Verordnung ist Theil einer größeren Constitution aus dem Jahre 286, welche sich vollständiger in den Vaticanischen Fragmenten (§. 282) findet, und wovon ein anderer Theil als L. 6. C. *de donationib.* (VIII. 54.) in den Justinianischen Codex aufgenommen ist. Unser Excerpt (L. 4. C. *h. t.*) hat in der Justinianeischen Compilation noch folgenden Zusatz erhalten: „Ideoque non est tibi necessarium adversus immodicas donationes auxilium ad instar inofficiosi testamenti." Genau genommen gehört diese Stelle also eigentlich nicht hieher, da sie unter der Voraussetzung,

L. 7. „*Iidem.* Si mater tua patrimonium suum ita *profunda liberalitate* — — evisceratis opibus suis exhausit, ut quartae partis dimidiam — — — in his donationibus, quas tibi largitus est, non habeas, *quod immoderate gestum est*, revocabitur."

Diese letzte Constitution kennen wir jetzt vollständiger aus den Vaticanischen Fragmenten (§. 280). Namentlich fehlt im Justinianischen Codex der ganze Eingang, wodurch gerade recht bestimmt das Lieblose und zu Mißbilligende in dem Verfahren des Schenkers hervorgehoben wird. Er lautet wie folgt: „In dubium [77]) non

daß eine integri restiutio aus der Person des Erblassers möglich sey, die sog. querela inoff. donationis für unnöthig erklärt. (Ich benutze diese Gelegenheit, einen kleinen Irrthum zu berichtigen, indem ich an einem andern Orte (Bd. XXXV. S. 348 fg. Note 8.) mit Burchhardi den Ausdruck in integrum restitutio in dieser Stelle nicht auf die eigentliche, prätorische Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, sondern auf unsere Rescissionsklage bezog, wozu mich eine nur flüchtige Ansicht der Stelle verleitet hat.) — — Frägt man übrigens: was hier für eine Wiedereinsetzung aus der Person des Sohnes gemeint seyn könnte? so ist es wohl keine andere, als Restitution wegen Minderjährigkeit. Denn die Handlung des Schenkers selbst ist hier als Grund der Restitution angegeben; ein auch für Großjährige geltender Restitutionsgrund, — z. B. Abwesenheit des Staats wegen konnte also nicht gemeint seyn. A. M. ist von Buchholtz in seiner Ausgabe der Vaticanischen Fragmente zu dieser Stelle.

77) Nicht ohne Wahrscheinlichkeit restituirt von Buchholtz in seiner Ausgabe dies Wort also. Die Handschrift hat: In q— — — —lum. Allenfalls könnte man daher auch lesen: In *quaestionem* non venit; doch paßt dazu freilich wieder die Schlußsilbe (lum) nicht.

venit, adversus enormes donationes, quae ita in quosdam liberos vacuefactis facultatibus *in filiorum perniciem* conferuntur, jam dudum divorum principum statutis esse provisum. Si igitur mater tua" u. s. w.

Insbesondere aber darf ein anderes Rescript von Diocletian, das wir überhaupt erst aus den Vaticanischen Fragmenten (§. 271.) kennen gelernt haben, hier nicht mit Stillschweigen übergangen werden. — Praeses provinciae" sagt der Kaiser — „amicus noster notionem suam inpertiet, non ignorans pro sua auctoritate atque experientia, si docebitur, immoderatis donationibus, non retenta quarta ad excludendam inofficiosi querelam, nepotis ex filio nati, patrimonium suum avum exhausisse, post[78]) constitutiones *hujusmodi commentis* ad exemplum inofficiosi querelae esse occursum"[79]).

78) Die Handschrift hat *postque*, was hier gar keinen Sinn giebt. Herr von Buchholtz emendirt daher *juxta*, was aber eher für eine Verbesserung des Ausdrucks, als des Textes gelten kann. Das angehängte *que* dagegen kann leicht auf einem Abschreiberversehen beruhen. Daß nun *post constitutiones* hier so viel bedeute, als: secundum ea, quae constituta sunt, vermag ich freilich nicht zu beweisen, und will es daher auch nicht behaupten. So gut man indessen sagen kann: *post Hadrianum* saepe rescriptum est, eben so gut kann es auch heißen: non ignorans, post constitutiones hujus modi commentis esse occursum. Es ist hier nämlich von Vereitelung der Chikane durch Vermittelung der rechtsprechenden Behörde die Rede, und dies, sagt der Kaiser, sey seit den darüber vorhandenen Constitutionen öfter schon geschehen.

79) Die Handschrift liest: ad exemplum inofficiosi querelam esse occursum. Die schon von Majus vorgeschlagene und

Auch in dieser Stelle ist von einer Absicht, durch die Schenkung die Notherben um ihren Pflichttheil zu betrügen, anfänglich gar nicht die Rede, dennoch aber wird diese Absichtlichkeit vorausgesetzt: solchen Vorspiegelungen (commentis) soll durch die nach der Analogie der inofficiosi querela eingeführte Rescissionsklage entgegengewirkt werden[80]. Hieraus soll nun zwar nicht gefolgert werden, daß der Beweis einer betrüglichen Absicht des Schenkers allemal erforderlich sey, um die Rescissionsklage durchzusetzen; wohl aber rechtfertigt sich der Schluß, daß, wenn eine bösliche Absicht des Schenkers, oder lieblose Gesinnung desselben wirklich bei seiner Handlung nicht zu Grunde liegt, oder nach den Umständen, unter welchen die Schenkung geschah, nicht angenommen werden darf, die bloße Pflichttheilsverletzung zur Begründung der Rescissionsklage nicht genügt. Lieblos dagegen handelt derjenige allemal, welcher sein ganzes Vermögen, oder den größten Theil desselben ohne zureichende Gründe weg-

von mir in den Context aufgenommene Conjectur (ad exemplum inoff. querelae esse occursum) empfiehlt sich durch die große Leichtigkeit, und bringt einen sehr guten grammatischen und sachlichen Zusammenhang in die Stellen. v. Buchholtz will gelesen wissen: ad exempl. inoff. querelam esse concessam. Indessen gestehe ich nicht zu begreifen, wie man sagen könne: hujus modi commentis querelam esse concessam, da ja hier von einem Rechtsmittel gegen die commenta die Rede ist.

80) Sehr richtig paraphrasirt v. Buchholtz die Worte *hujusmodi commentis* auf folgende Art: i. e. donationibus enormibus inter vivos factis ad eludendam inofficiosi test. querelam, mit Verweisung auf die von Brissonius angeführten und auf andere Stellen, worin der Ausdruck commentum von betrügerischen Handlungen gebraucht wird.

schenkt, und dadurch seine Notherben, welche die Ausschließung nicht verdient haben, um ihre gemachten Hoffnungen bringt. Ja es ist hier sogar schwer, ein anderes Motiv für eine solche Handlungsweise aufzufinden, als die Absicht, die gesetzlichen Vorschriften über das Notherbenrecht zu umgehen; nur der Beweis einer Absichtlichkeit wird unter diesen Umständen für überflüssig erachtet. Daß nun in der That den Kaisern solche Fälle vorlagen, worauf diese Merkmale passen, — daß hier den Schenkern mehr vorgeworfen werden konnte, als durch die von ihnen gemachten Schenkungen den Pflichttheilsbetrag der Notherben geschmälert zu haben, geht aus den hervorgehobenen Aeusserungen der angeführten Rescripte sehr deutlich hervor. Wenn Jemand durch ungemessene, bodenlose und ausschweifende Freigebigkeit sein Vermögen wegschenkt, so sollen seine Notherben den ihnen gesetzlich gebührenden Theil von dem Beschenkten zurückfordern dürfen. Die durchgängige Uebereinstimmung selbst in den Ausdrücken schließt auch hier wieder die Idee einer zufälligen Aehnlichkeit der Fälle aus. Wenn daher auch ein oder das andere Mal ohne alle Bezeichnung der Art und Umstände der Schenkung die Rescissionsklage für zulässig erklärt wird, so darf wohl eher angenommen werden, daß hiebei die sonst bekannten Bedingungen vorausgesetzt werden (was ja in Rescripten so häufig geschieht), als man deshalb berechtigt wird, die in allen übrigen Constitutionen sich durchgängig findenden und in Form von Bedingungen ausgedrückten Bestimmungen über Absicht des Schenkers oder Beschaffenheit der Schenkung für überflüssig und zufällig zu erklären. Im Grunde ist es aber nur eine einzige Stelle, auf welche die Gegner sich hier allenfalls berufen können; die L. 6. Cod. *h. t.* (ebenfalls von den

Kaisern Diocletian und Maximinian) „Quum donationibus in fratrem tuum collatis facultates patris tui exhaustas esse, eundemque patrem vestrum ea, quae superfuerunt, codicillis inter vos divisisse proponas, si voluntatem ejus non agnovisti, nec beneficio aetatis adversus haec juvari poteris; nec tantum dos a patre data et fideicommissum contineat, quantum ad summovendam querelam sufficiat: de enormitate donationum ad exemplum inofficiosi testamenti Praeses provinciae jurisdictionis suae partes exhibebit." — Es ist nicht unwahrscheinlich, daß auch dies Rescript, wie die oben erwähnte L. 7. C. *h. t.*, einen Eingang hatte, wodurch die Natur und Beschaffenheit der Schenkung näher bezeichnet wurde, den aber die Compilatoren wegließen. Eine Vergleichung mit den uns vollständiger erhaltenen Constitutionen zeigt, daß dies nicht selten geschah [81]; man hielt es für genügend, den eigentlichen Kern der Entscheidung, oder was man dafür ansah, hervorzuheben. Dies veranlaßte denn gewöhnlich auch noch andere kleine Aenderungen und Weglassungen. So möchte denn auch unsere Stelle ursprünglich etwa so

81) Justinian hatte dies ja sogar seinen Compilatoren gewissermaßen zur Pflicht gemacht; Const. de novo Cod. fac. §. 2. — „resecatis — supervacuis — praefationibus" — Daß sie es mit der Prüfung, ob die Vorreden etwas Ueberflüssiges enthielten, oder nicht, eben nicht immer genau nahmen, erklärt sich leicht, wenn man erwägt, daß die Eingänge der Constitutionen in der That so oft durchaus nichtssagend sind. — Vgl. auch *J.* Gothofredi Prolegom. Cod. Theod. cap. IV. *Jo. Sam.* Brunquelli Diss. de Codice Theodos. (in opusculis Nr. II.) Cap. IV. §. 7. 8. *Car. Fr.* Walchii ad Eckhardi hermen. jur. Lib. I. §. 219.

lauten: Adversus donationes enormes, quae subvertendae inofficiosi querelae causa (oder quae in filiorum perniciem) factae fuerint, aequitatis auxilium juxta formam de inofficioso testamento impertiri, saepe rescriptum est. Quum igitur donationibus in fratrem tuum ita collatis, facultates patris tui exhaustas esse proponas u. s. w. — Indessen mag dieß immerhin auf sich beruhen bleiben. Entscheidender dagegen ist folgende Bemerkung. In den Rescripten werden, wie sich dies auch von selbst versteht, die eigentlich streitigen Punkte besonders hervorgehoben, dasjenige aber, worüber gerade nicht gestritten wird, oder was auf bereits bekannten Rechtsgrundsätzen beruht, pflegt entweder ganz übergangen, oder doch nur kurz berührt zu werden. Hier nun scheint die eigentliche Frage sich auf die Gründe des Wegfallens der an sich zulässigen Querel bezogen zu haben; denn daß der Kaiser ohne besondere Veranlassung dergleichen Gründe (als: Anerkennung des väterlichen Willens, anderweit mögliche Rechtshilfe, Entschädigung durch dos oder Fideicommiß) — erwähnt haben sollte, läßt sich schwerlich annehmen.

Andere Constitutionen, die ebenfalls über Art und Beschaffenheit der Schenkung sich nicht äussern, gehören hieher gar nicht. So die oben (S. 57 fg.) erklärte L. 5. C. *h. t.*, welche ja überall nicht einmal die Rescissionsklage der Notherben, sondern die Revocationsklage des Schenkers zum Gegenstande hat. Ferner die L. 9. C. *h. t.*, welche eigentlich nur den Gedanken (vermuthlich in Beziehung auf die am Schlusse erwähnten Gründe des Wegfallens) ausdrückt, daß die Rescissionsklage als Analogon der inofficiosi testamenti querela betrachtet werden könne.

Noch führt man gegen die hier vertheidigte Meinung an, daß ja auch ein postumus die Rescissionsklage habe; unmöglich aber lasse sich annehmen, daß es Wille des Schenkers gewesen sey, einem noch nicht existirenden Wesen den Pflichttheil zu entziehen [82]. Man könnte zuvörderst hiergegen erinnern, daß die L. 5. C. h. t., worauf man die Rescissionsklage der Postumen stützt, von der Klage des verletzten Notherben überall nicht spricht. Doch will ich gerne zugeben, daß auch den Postumis diese Klage zu gestatten sey; nur ist nicht abzusehen, warum nicht auch hier die eben entwickelten Bedingungen der Rescissionsklage zutreffen könnten. Es ist ja nicht gerade nöthig, daß böslische Entziehung des Pflichttheils und lieblose Gesinnung zunächst in einer Abneigung wider den Notherben, — sie können ja auch in einer besonderen Vorliebe für den, welchen man sein Vermögen zuzuwenden sucht, ihren Grund haben. Die Liebe zu einem noch nicht existirenden Wesen pflegt in der Regel nicht groß zu seyn. Nur Pflichtgefühl wird den Vater bestimmen, dem Postumus eine besondere Aufmerksamkeit und Sorgfalt zu widmen. Wo dieses fehlt, da kann gerade die unerwartete Aussicht auf einen postumus die Veranlassung werden, sein Vermögen einem bereits vorhandenen Kinde, oder einem Dritten zuzuwenden. Und lieblos handelt ja derjenige schon, welcher ohne verständige Motive sein Vermögen an Andere verschenkt, da er Gründe hat, noch eine Nachkommenschaft zu erwarten.

Endlich nimmt man hier noch seine Zuflucht zur Praxis; diese soll nämlich auf die Absicht des Schenkers keine Rücksicht nehmen [83]. Glück beruft sich dafür auf

82) Glück a. a. O. Franke a. a. O. S. 506 a. E. u. fg.

83) Bd. VII. dieses Commentars S. 167.

Struv[84]) und auf Pufendorf[85]). Beide stützen sich aber weder auf Präjudizien, noch bezeugen sie auf irgend eine Weise, daß die Praxis sich für diese Meinung erklärt habe. Ersterer bemerkt blos, die Rescissionsklage finde statt, „sive re et consilio, sive re tantum inofficiosa fuerit donatio"; letzterer sagt, nach seiner Meinung sey es einerlei, ob absichtliche Entziehung des Pflichttheils bei der Schenkung zu Grunde liege, oder nicht; („nihil referre *puto*, animo fraudandi donatum sit, nec ne"). Beides sind also bloße Doctrinalmeinungen, denen man, ohne gerade lange darnach zu suchen, andere entgegensetzen kann, die ebenfalls von Männern herrühren, welche, ihrer Erfahrungen und der Tendenz ihrer Schriften wegen, in dem Rufe bewährter Praktiker stehen, wie z. B. J. H. Böhmer[86]), Joh. Ludw. Schmidt[87]), Ernst Christ. Westphal[88]).

Man ist also nach allem Bisherigen wohl berechtiget, folgendes Resultat anzunehmen: Das römische Recht erfordert zur Begründung der querela inoff. donationis

84) *G. A.* Struvii Synt. jur. civil. Exercit. XL. th. 14.

85) Pufendorf observat. jur. univ. T. II. obs. 178. §. 5.

86) *J. H.* Boehmer Doctr. de actionib. Sect. II. cap. III. §. 42. Dieser unterstützt seine Ansicht noch durch folgenden Grund (ebendas. not. t.): „Ipsa denominatio *inofficiosi* hoc indigitat; neque enim inofficiosum dici potest, nisi quod contra officium pessime et mala intentione factum est, contra officium autem fecisse dici nequit, qui bona fide de rebus suis — disponit".

87) In dem practischen Lehrb. von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 554.

88) Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts. Bd. I. S. 170. §. 9.

regelmäßig den Beweis, daß die Schenkung in der Absicht geschehen sey, den Notherben ihren Pflichttheil zu entziehen oder zu schmälern. Ist dieser Beweis geführt, so kommt es nunmehro lediglich darauf an, daß das Pflichttheilrecht auch wirklich verletzt sey. Ob die Schenkung an und für sich bedeutend ist, oder nicht (wie z. B. in dem Falle, wenn der Schenker überhaupt nur ein ganz geringes Vermögen besitzt), ist hier gleichgültig. Der Beweis des dolus ist aber völlig unnöthig, wenn die Schenkungshandlung jedenfalls von liebloser Gesinnung des Schenkers gegen seinen Notherben zeigt. Auch in diesem Falle kann natürlich die Klage nicht anders angestellt werden, als wenn durch eine Schenkung der Pflichttheil verletzt ist. Doch enthält dies allein noch nicht den Beweis der Lieblosigkeit, sondern es sind dabei die besondern Umstände der Schenkung in Erwägung zu ziehen, und dabei kann denn auch die absolute Größe der verschenkten Summen nicht unberücksichtiget bleiben. Wer eine unbedeutende Kleinigkeit verschenkt, von dem kann man noch nicht sagen, daß er dadurch lieblos gegen die Seinigen handle, gesetzt auch, er habe überall nicht mehr im Vermögen gehabt. Wenn dagegen Jemand, welcher ein für ihn und seine Verhältnisse nicht unbeträchtliches Vermögen besitzt, dasselbe ganz oder größtentheils und mit Vorbeigehung seiner Notherben wegschenkt, so kann dies gewiß nur durch außerordentliche Gründe gerechtfertigt werden. Vermag der Beschenkte diese nicht nachzuweisen, so spricht sich der lieblose Sinn des Schenkers hinreichend durch seine Handlungsweise aus, die Rescissionsklage muß mithin für wohlbegründet gehalten werden [89].

89) Kritz a. a. O. S. 134.

Mancher wird vielleicht glauben, daß dadurch dem richterlichen Ermessen ein freierer Spielraum eröffnet sey, als sich mit der Bestimmtheit und Sicherheit der Rechtspflege vertrage. Allein das freie richterliche Ermessen (arbitrium, nicht Richterwillkühr) verständiger, wohlunterrichteter und erfahrener Männer ist bei der Rechtspflege überhaupt nicht zu entbehren, da die mannigfaltigen Rechtsverhältnisse und Verwickelungen, wie sie das Leben erzeugt, sich nun einmal nicht, wie mathematische Probleme, nach unveränderlichen Regeln auflösen lassen. Auch ist dies von den Römern so hoch geachtete arbitrium für die Sicherheit des Rechts weit zuträglicher, als wenn allenthalben der Buchstabe des Gesetzes walten soll [90]. Es läßt sich dies nicht erzwingen, wo es aber dennoch erzwungen werden soll, da wird sich entweder ein Zwiespalt zwischen Theorie und Praxis offenbaren, oder das Gesetz als etwas von außen Aufgedrungenes erscheinen, wobei weder der Richter sich seiner Würde, noch der Einzelne sich seines Rechts ordentlich bewußt werden kann. — Indessen hat das, in den neueren Gesetzgebungen vorherrschende, an sich gewiß sehr lobenswerthe Bestreben, Richterwillkühr nach Möglichkeit abzuschneiden und die Privatrechte sicher zu stellen, gewöhn-

90) „Summum jus, summa injuria" heißt es bei CICERO de offic. Lib. I. c. 10. Und gerade in Beziehung auf einen Gegenstand, wobei vor Allem die Frage entsteht, ob Jemandem etwas zur Schuld zuzurechnen sey, sagte der Jurist *Celsus*: „esse hanc quaestionem ex aequo et bono, *in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose erratur*". (L. 91. §. 3. D. *de V. O.* XLV. 1.) d. h. nur zu oft verbirgt sich da, wo der Verstand des Richters thätig seyn soll, Dünkel und Unverstand hinter dem Buchstaben der Gesetze und verkehrt so Recht in Unrecht.

lich ein Anschließen an die Idee zur Folge gehabt, wonach die Rescission liebloser Schenkungen nicht blos als ein Mittel erscheint, den bedingten Anspruch der Notherben auf einen Theil des Nachlasses gegen Willkühr und Lieblosigkeit in Schutz zu nehmen, sondern als Ausfluß eines Rechts derselben an dem Vermögen des Lebenden[91]), weshalb denn auch auf die Absicht des Schenkers nichts ankommen soll[92]). So in dem Preußi-

91) In diesem Sinne sagte (der nachmalige Justizminister von) Kircheisen in seinem Monitum zu Kleins sog. Materialien (Entwurf des Pr. Landrechts): „Durch eine jede Schenkung wird das Pflichttheil geschmälert, weil es *pars quota* ist". S. A. H. Simon und H. L. v. Strampff Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des preußischen Rechts. Ersten Bandes erstes Heft. (Berl. und Stettin 1828.) S. 78.

92) Kircheisen notirt hierüber zu Kleins Materialien unter andern Folgendes: „Die Distinction des gemeinen Rechts, ob die Schenkung animo defraudandi geschehen, oder nicht, ist um so mehr eine Grille, da dieser animus in tausend Fällen gegen einen, nicht zu erweisen ist." (S. die angeführte Zeitschrift von Simon und v. Strampff S. 79.) — Freilich, wenn man es dahin bringen könnte, den Richter alles Selbstdenkens zu überheben; so würde man sich über dergleichen Grillen des gemeinen Rechts nicht mehr ärgern dürfen. Da indessen auch die allerernstlichsten Versuche, den Richter zu einer blosen Maschiene zu machen bisher noch gescheitert sind, so wird man sich wohl nach wie vor solche Rechtsbegriffe und Bestimmungen gefallen lassen müssen, welche darauf berechnet sind, daß der Richter durch umsichtige Erwägung aller Umstände eines concreten Falles die Wahrheit zu erforschen suche. Und findet er auch oft nur Wahrscheinlichkeit, so ist dies doch allemal besser, als daß einer äusseren Rechtssicherheit zu Liebe Recht und Wahrheit geopfert werden.

schen Landrechte [93]), in dem Code Napoleon [94]), in dem Oesterreichischen Gesetzbuche [95]).

IV. Die so äusserst controverse Rechtsfrage: ob der Notherbe die Schenkung lediglich in soweit rescindirt, als er dadurch im Pflichttheile verletzt ist, oder aber nach Verhältniß seines Intestaterbtheils? ist schon von Glück so ausführlich erörtert [96]), daß hier in der Hauptsache nur noch einige Rücksicht auf die Ansichten und Gründe neuerer Schriftsteller, so wie auf die neu entdeckten Rechtsquellen zu nehmen ist.

Glück vertheidigt die Meinung, welche auch ich für die richtige halte: daß die Rescission nur bis auf den Betrag des Pflichttheils geschehen könne, und auf die Definitionen, wovon Manche die Beantwortung der Frage abhängen lassen, (ob die Schenkung an einen Fremden, oder an einen Notherben geschehen sey, — ob dabei böse Absicht gegen den Notherben zu Grunde liege, oder nicht, —

93) Allgem. Landrecht für die preuß. Staaten Th. I. Tit. XI. §. 1113.

94) Code Napoléon Art. 921—930. (Die bedeutenden Eigenthümlichkeiten der Bestimmungen des Code Napoleon in Ansehung liebloser Schenkungen kommen hier nicht in Betracht.)

95) Allgemeines bügerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie §. 951.

96) S. Bd. VII. des Commentars §. 550. S. 158—173. — Freilich sind dabei auch solche Fragen berührt, die zu dieser Controverse gar nicht gehören, (so: ob auf die Absicht des Schenkers etwas ankomme, und ob der Schenker selbst revociren dürfe?); auch ist hiermit noch eine frühere Stelle Bd. VII. §. 547. S. 96—99. Nr. 3.) zu verbinden, wo Glück das eigentlich erst hieher gehörige Recht der Nov. 92. erörtert.

ob dem Notherben etwas, oder gar nichts gelassen sey [97]), —) schlechterdings nichts ankommen könne. Eine gleiche Ansicht haben auch Kritz und Franke [98]). Anderer Meinung dagegen sind Zimmern [99]) und Hille [100]). Der erstere unterscheidet zwischen dem Recht vor Justinian und dem Justinianeischen Recht. Nach dem ersteren soll der Verletzte vom beschenkten Fremden Alles, von beschenkten Notherben so viel zurück fordern können, als seine Intestatportion beträgt; auch in diesem Falle also keineswegs nur so wenig, als sein Pflichttheil betragen haben würde [1]). Nach dem Rechte der Novellen (wobei denn, wie sich von selbst versteht, besonders auf Nov. 92. Rücksicht genommen ist), unterscheidet Zimmern zwischen Kindern und andern Notherben. Für die letztern sey das alte Recht ungeändert geblieben. Kinder eines Erblassers dagegen, welcher durch Schenkung sein ganzes Vermögen erschöpft habe, und denen auch nichts zur Todeszeit übrig geblieben, könnten „mit den übrigen

97) Alle Distinctionen der Neueren finden sich schon in der Glosse angedeutet. S. Azonis Summa in Codicem und Glossa ad L. 1. C. h. t.

98) Kritz angeführte Abhandl. §. 5 — 7. (S. 111 — 125.) Franke Notherbenrecht §. 44. S. 521 — 533. Von Lehrbüchern sind beistimmend Günther principia juris. Rom. T. II. §. 1051. I. 1. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gemeinen Civilrechts Buch V. §. 154. a. E. Meine Doctrina Pandectar. Vol. III. § . 774. I. 4. Warnkoenig comment. jur civil. T. III. §. 1113.

99) Zimmern's angef. Abhandlung über inofficiosa donatio verbreitet sich der Hauptsache nach nur über diese Frage.

100) Hille Diss. cit. c. VI — VII. p. 41 sqq. —

1) Zimmern a. a. O. S. 68.

Intestaterben" den beschenkten Fremden Alles, denjenigen, welche selbst mit ihnen ab intestato erben müßten, so viel, als ihre Intestatportion beträgt, wieder abfordern. Die Kinder aber, denen beim Tode des Erblassers etwas, doch nicht genug nach der Berechnung der Nov. 92. geblieben sey, hätten nur mit Einrechnung des Erhaltenen eine eigenthümliche Klage auf Ergänzung des Pflichttheils, so wie das Recht der Novellen diesen normirt [2]. Hille hält, wenigstens nach dem vorjustinianischen Rechte, die vollständige Revocation der Schenkung für zulässig, ohne es dabei überhaupt auf Distinctionen ankommen zu lassen. Schweppe aber nimmt wieder an, die Klage gehe zwar bei der Begünstigung eines von mehreren Kindern durch Schenkung der Eltern blos auf Ergänzung des Pflichttheils, sonst aber auf Rescission der ganzen Schenkung [3]; wogegen Mackeldey die Meinung erneuert, welche, wenn das ganze Vermögen verschenkt ist, eine Klage auf Rescission der ganzen Schenkung eintreten läßt, sonst aber nur auf Ergänzung des Pflichttheils [4].

Folgende Bemerkungen werden hoffentlich zur Befestigung der früher in diesem Commentar vorgetragenen Ansicht dienen.

1) Es ist so wenig im Allgemeinen ein Grund vorhanden, zu unterscheiden, ob einem Fremden oder einem Notherben geschenkt ist, als sich dieser Unterschied aus den Quellen rechtfertigen läßt. An sich kann man einem Fremden eben sowohl als einem nahen Verwandten sein Vermögen zuwenden, soferne dadurch nur kein Pflicht-

2) Zimmern a. a. O. S. 78 fg.

3) Römisches Privatrecht. §. 974.

4) Lehrbuch des heut. Röm. Rechts. §. 427. Nr. A.

theilsrecht verletzt wird; mithin ist nicht einzusehen, warum, wenn dies geschehen ist, der beeinträchtigte Notherbe in dem ersten Falle mehr als in dem zweiten sollte fordern dürfen [5]). Ganz allgemein heißt es auch in einer Hauptstelle für unsere Lehre [6]): dem Notherben, welcher die Legitima nicht habe, werde die Rescissionsklage gegen den Beschenkten gegeben, „sive in quosdam liberos, sive in extraneos exhausit" (sc. donator facultates suas). Hier wäre gewiß eine sehr nahe liegende Veranlassung gewesen, einer so wichtigen Verschiedenheit zu gedenken, wenn diese je statt gefunden hätte; statt dessen aber deuten die Schlußworte der Stelle („non injuria *juxta formam de inofficioso testamento constitutam subveniri vobis, utpote quartam partem non habentibus*, desideratis") darauf hin, daß den verletzten Notherben stets auf die nämliche Weise geholfen werde. — Vollends aber ist es begriffsverwirrend, wenn man z. B. mit Zimmern, an jene Definition den Unterschied knüpft, daß die Rescission gegen Fremde auf das Ganze, gegen Miterben nur auf den Intestaterbtheil gehe! Auch mit der querela inofficiosi testamenti fordert der Querulant ja nur sein Intestaterbtheil [7]). Ausnahmen hiervon giebt es allerdings; doch kommen diese hier überall nicht in Betracht, da es entschieden ist, daß in der Regel die Inofficiositätsquerel auch gegen Extraneos nur auf den Intestaterbtheil des Klägers gerichtet werden darf. Wenn daher auch eine Gleichheit der Wirkung beider Klagen zugegeben werden könnte, so würde die Möglichkeit, mit

5) Franke a. a. O. S. 533.

6) L. 1 C. *h. t.*

7) S. Bd. XXXV. des Commentars §. 1421. e. S. 392—437.

unserer Rescissionsklage von dem Fremden das Ganze zu fordern, doch immer von dem zufälligen Umstande abhängen, daß der Kläger etwa der alleinige Erbe, oder das Recht der übrigen Notherben auf ihn übergegangen ist. Daß nun der beeinträchtigte Erbe von dem beschenkten Miterben nie das Ganze fordern darf, weil dieser ja selbst ein Recht an dem Nachlasse hat, kann natürlich jenen Unterschied nicht rechtfertigen, indem es sich damit genau so verhält, als wenn ein mit mehreren anderen concurrirender Notherbe gegen einen Fremden klagt, wo er ja ebenfalls, auch unter vorausgesetzter Richtigkeit der hier bestrittenen Meinung, nur seinen Antheil fordern darf.

2) Daß die Klage auf mehr als den Pflichttheil oder dessen Ergänzung gehe, stützt man zunächst auf die in den Rechtsquellen selbst ausgesprochene Analagie zwischen dieser Klage und der Inofficiositätsquerel, und zwar hauptsächlich auf die L. ult. C. *h. t.* Hier lassen die Compilatoren den Kaiser Constantius sagen: „Non convenit dubitari, quod immodicarum donationum omnibus querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta." — Diese Stelle könnte nur etwas beweisen, wenn man mit A. Faber[8]) *in* omnibus lesen dürfte; denn eigentlich läßt sich mit dem Worte omnibus hier gar nichts anfangen[9]). Jene Conjectur nun würde an sich betrachtet nicht zu verwerfen seyn,

8) Conject. jur. civ. Lib. III. c. 17.

9) Zimmern will das Omnibus auf legibus bezogen wissen (a. a. O. S. 64. Not. 15.) Dadurch käme aber eine höchst unglückliche Construction zum Vorschein, ohne daß der von ihm vertheidigten Ansicht im geringsten geholfen wäre. Eher könnte man es für den Dativ des Subjects halten: für Alle; doch mag dies gerne auf sich beruhen bleiben.

da das Wörtchen *in* bei der grossen Aehnlichkeit der Schriftzeichen mit der letzten Silbe des voraufgehenden Wortes (donationum) in den Handschriften so leicht übersehen werden konnte. Indessen stehen ihr nicht blos die Zeugnisse über die dennoch zwischen beiden Klagen sich findenden Verschiedenheiten entgegen, sondern hauptsächlich streitet dawider der Umstand, daß es in dem Theodosianischen Codex, woher diese Stelle entlehnt ist[10]), heißt: *omnis* querela. Wahrscheinlich ist also der letzte Buchstabe dieses Worts für eine sehr bekannte (sich auch in alten Drucken noch häufig findende) Abkürzung der Silbe *bus* gehalten, und so die falsche Lesart omnibus entstanden. Hiernach sagt denn unsere Stelle im Grunde nichts mehr, als was auch in anderen Stellen steht, daß nämlich die Rescission liebloser Schenkungen nach der Analogie der Inofficiositätsquerel eingeführt, und ihr also auch ähnlich sey[11]), was am Schlusse noch bestimmter hervorgehoben wird, indem einige der Testamentsquerel eigenthümliche Gründe des Wegfallens auch hier für anwendbar erklärt werden; („et sit *in hoc* actionis utriusque vel una causa, vel similis aestimanda, vel idem temporibus et moribus“[12]). Aehnlichkeit der Fälle, und darauf

10) L. un. Theod. Cod. *h. t.*

11) Die Basiliken sprechen auch blos von einer Aehnlichkeit beider Klagen, mit Vermeidung jeden zweideutigen Ausdrucks. (Lib. XLI. Tit. IV. Fr. 9. Tom. V. p. 481). Besonders deutlich über den eigentlich gemeinten Sinn ist das Scholion des Theodorus zu dieser Stelle. (S. die folg. Note.)

12) Die Fassung dieser Schlußworte deutet wohl ziemlich bestimmt darauf hin, daß die kaiserliche Verordnung gerade durch Zweifel darüber veranlaßt wurde, ob die Rescissionsklage durch fünfjährige Verjährung und durch das Daseyn einer Enter-

gestützte Analogie setzt aber noch nicht allemal eine völlige Gleichheit der juristischen Wirkungen voraus[13]), und daß diese hier in der That nicht statt findet, und nicht statt finden kann, wurde oben (S. 71. Nr. II. 1.) schon nachgewiesen. So läßt sich denn auch gerade die Verschiedenheit, worauf es hier ankommt, aus den Quellen darthun. Zwar sind manche Aeusserungen, worauf die Anhänger der hier vertheidigten Meinung sich berufen (z. B. in L. 1., L. 6. und L. 7. C. *h. t.*), nicht eben mit Nothwendigkeit auch von der Wirkung der Klage zu verstehen; sie können allenfalls blos auf den Grund derselben be-

hungsursache (moribus) ausgeschlossen werden könne. — Sehr bestimmt äußert sich hierüber Theodorus in dem Scholion zu dieser Stelle (p. 489. Schol. o.) Dieser sagt nämlich: „Die Constitution bestimme, daß die querela de inofficiosis donationibus nach der Analogie der inoff. test. querela eingeführt sey, weil auch sie innerhalb 5 Jahren ausgeübt werden müsse. Jedoch müsse man wissen, daß wenn gleich die erstere Klage in manchem Betrachte als Nachahmung der Inofficiositätsquerel angesehen werden könne, sie sich doch auch wieder von ihr unterscheide" u. s. w. Unbegreiflich ist es daher, wie sich Hille (diss. cit. p. 48. Nr. 6.) zur Unterstützung seiner Meinung gerade auf dies Scholion berufen konnte! Der Scholiast habe nämlich von einer Verschiedenheit beider Klagen in Ansehung ihrer Wirkung nichts gesagt. Daraus soll folgen, daß eine solche Verschiedenheit überall nicht existire; da er doch im Gegentheil ausdrücklich bemerkt, daß beide Klagen einander nicht durchgängig ähnlich seyen!

13) Kritz a. a. O. S. 113. Wenn ein Recht mittelst einer utilis actio ausgedehnt wurde, so heißt dies ja immer nur: soweit der Zweck der Ausdehnung und die besondere Beschaffenheit des Gegenstandes eine Gleichstellung zulassen. S. z. B. §. 4. J. de act. und vgl. meine Cession der Forderungsrechte. §. 15.

zogen werden, also auf die Befugniß zu klagen, weil dem Kläger der ihm gebührende Pflichttheil nicht hinterlassen worden ist. Indessen in anderen Stellen wird die Richtigkeit unserer Meinung sehr deutlich anerkannt. So in der L. 2. Cod. *h. t.*[14]): wenn der Vater, welcher z. B. zwei Söhne hat, einem in der Gewalt befindlichen Sohne sein ganzes Vermögen schenkt, so convalescirt diese Schenkung zwar durch den Tod des Schenkers, allein der Theilungsrichter soll dem durch diese Schenkung beeinträchtigten Sohn den vierten Theil seines Intestaterbtheils zusprechen. Was dagegen Hille[15]) erinnert, daß dergleichen Schenkungen, weil sie beim Leben des Vaters noch nicht giltig seyen, als mortis causa donationes behandelt worden wären[16]), und daß hierbei ein Abzug der Quarta Falcidia, wie bei eigentlichen Vermächtnissen statt gefunden habe, ist an sich wahr. Daß aber die Compilatoren hier hauptsächlich das Quantum vor Augen hatten, welches der Notherbe mit der Rescissionsklage fordern dürfe, beweist theils die Aufnahme der Stelle in den Titel de inofficiosis donationibus, theils die gewiß sehr geflissentliche, vielleicht auf einer Interpolation beruhende[17]) Wahl des Ausdrucks: „arbitri

14) S. hierüber Glück a. a. O. S. 161—166.

15) i. l. p. 51 squ.

16) Vat. Fr. §. 274.

17) So heißt es in einer, durch die Vaticanischen Fragmente (§. 281.) auf uns gekommenen Constitution des Kaisers Diocletian von einem ähnlichen Fall: „liberalitatem ejus (patris) *salva lege Falcidia probari.* Proinde, si pater, qui per epistolam res tibi dono dedit, non revocata liberalitate nec mutata voluntate, fatalem diem intestato obiit, inlibata donatio permanet, nisi tamen

familiae erciscundae officio congruit", heißt es hier, ut tibi *quartam partem debitae ab intestato portionis* praestet incolumem." So wird nie die Falcidische Quart benannt, wohl aber ist es die gewöhnliche Benennung des Pflichttheils, ehe Justinian diesen erhöhet hatte [18]). Bestätigt wird endlich unsere Interpretation wieder durch die Autorität der Basiliken, worin der arbiter angewiesen wird, dem beeinträchtigten Notherben den dritten Theil der ihm gebührenden Intestaterbportion

legis Falcidiae ratio comminui eam exegerit. Quodsi locum habet, eatenus ex donatione fratris tui deducent, quatenus id fieri et indemnitas, et *juris ratio in obtinendis portionibus, quas eos habere necesse est*, exigunt. Juxta hanc juris formam Praeses provinciae, ad vicem familiae heriscundae, officium sententiae suae legibus temperabit." — Auch hier deuten übrigens die Worte: in obtinendis partibus, *quas eos habere necesse est*, sehr bestimmt auf das Notherbenrecht und die Pflichttheilsquote hin, und rechtfertigen den Schluß, daß mit der Rescissionsklage nur der Pflichttheil oder dessen Ergänzung gefordert werden dürfe. — Nicht unwahrscheinlich ist es nun, daß die Compilatoren eine ähnliche Constitution vor sich hatten und sie ihrem Zwecke gemäß interpolirten, oder wenigstens mit Weglassung dessen, was auf den Abzug der Falcidia ging, die Worte hervorhoben, welche die Aufnahme der Constitution veranlaßt hatten. — Daß aber in der ersten Hälfte der L. 2. C. *h. t.* (nach der Inscr. und Subscr. legis von den Kaisern Valerian und Gallien aus dem J. 256.) jene Constitution enthalten sey, wie Hille (l. l. p. 50.) annimmt, ist keinenfalls zu erweisen, auch nicht einmal wahrscheinlich, da ja nur der in beiden Stellen ausgedrückte Gedanke wesentlich derselbe ist, zwischen den Worten sich kaum mehr als eine Aehnlichkeit findet.

18) §. 3. J. *de inoff. test.* L. 8. §. 8. D. *eod.*

zuzusprechen [19]), was doch gewiß nicht von der Falcidia, sondern nur von dem Pflichttheile, so wie ihn Justinian normirt hat, verstanden werden kann.

Ferner gehört hieher die L. 5. C. *h. t.*, obgleich sie nicht von unserer Querel, sondern nur von dem Revocationsrecht des Vaters propter supervenientiam liberorum spricht. Denn kann der Vater nur den Pflichttheil der nachgebornen Kinder zurückfordern (und dies ist hier außer allem Zweifel), so darf man wenigstens vermuthen, daß den Kindern selbst ebenfalls kein weiter gehendes Recht zustehe, zumal da das Revocationsrecht des Vaters sich auf die Voraussetzung gründet, daß er sein Vermögen schwerlich weggeschenkt haben würde, hätte er noch nachgeborne Kinder erwarten zu dürfen geglaubt. Diese Vermuthung aber wird wenigstens zu einem hohen Grade von Wahrscheinlichkeit durch die Aufnahme der Stelle in den Titel de inofficiosis donationibus erhoben.

Noch beweisender sind hier die Schlußworte der L. 8. pr. Cod. *h. t.*: „Quod donatum est, *pro ratione quartae* ad instar inofficiosi testamenti convicti *diminuetur*". Zwar ist nicht zu läugnen, daß die Einmischung der Worte: ad instar inofficiosi testamenti (wodurch übrigens wieder nur auf den Grund der Einführung des neuen Rechtsmittels hingewiesen wird) einige Undeutlichkeit in den Satz bringt. Klar ist aber, worauf es hier allein ankommt, für den wie vielten Theil die Rescission eintreten soll, nämlich nach Verhältniß der dem Kläger gebührenden Quarte, oder des alten Pflichttheils [20]), und so sind denn die Worte *pro ratione quartae* als

19) Libri Basilic. Lib. XLI. Tit. IV. Fr. 3. T. V. p. 478.

20) Franke a. a. O. S. 526 fg.

eine Modification jener Analogie zu betrachten. Diese Worte können nämlich eben so wenig auf die Wirkung als auf den Grund der Inofficiositätsquerel bezogen werden. Jenes nicht, weil die Testamentsquerel auf den Intestaterbtheil des Klägers geht; dieses aber ist aus grammatischen Gründen ganz unmöglich, und gewiß im höchsten Grade willkührlich ist es, wenn Zimmern[21]) und nach ihm Hille[22]) glauben: „pro ratione quartae ad instar inoff. testamenti heiße: so wie die Testamentsquerel, so werde auch die querela inoff. donationis aus Rücksicht auf die entzogene Quart angestellt!

Aller Zweifel aber wird durch die L. un. C. *de inoff. dotibus* beseitigt, wo es heißt: auch die Klage gegen eine unverhältnißmäßige Dotation werde nach der Analogie der Testamentsquerel gegeben und sey darauf gerichtet, daß „filiis conquerentibus emolumenta debita conferantur." Zwar will Zimmern (a. a. O.) auch unter „emolumenta debita" den Intestaterbtheil verstanden wissen. Allein dies ist ganz entschieden falsch[23]), wie auch selbst von Hille zugegeben wird, welcher übrigens diese Abweichung auf folgende Art erklärt: Jede übermäßige oder freiwillige dos involvirt eine Schenkung, es bedarf hier also gar keines besondern Rechtsmittels zur Sicherstellung des Notherbenrechts. Nur wenn die Frau bei Eingehung der Ehe dem Manne ihr gesammtes Vermögen als dos zubrachte, so fehlte es den später gebornen Kindern an einem Rechtsmittel; ein solches gab man

21) a. a. O. S. 74.

22) Diss. cit. p. 56.

23) Franke a. a. O. S. 528.

ihnen nur aus Gründen der Billigkeit, und zwar nach der Analogie der L. 5. C. *de inoff. donat.*, welche dem Vater propter superveniantiam liberorum eine früher gemachte Schenkung, aber nur für den Pflichttheilsbetrag seiner Kinder, zu widerrufen gestattet. Diese Erklärung soll denn auch durch den Scholiasten der Basiliken bestätigt seyn [24]. — Indessen auch abgesehen davon, daß die L. 5. C. *h. t.* ja nicht den Kindern selbst eine Klage giebt, und auch überall nicht einmal von der Lieblosigkeitsklage zu verstehen ist, so stehen dieser Ansicht doch folgende Gründe entgegen: Als eigentliche Schenkung konnte eine Dotation nur betrachtet werden, wenn sie nicht nur freiwillig, sondern auch so geschah, daß dem Geber gar keine Rechte an dem in dotem gegebenen Vermögen verblieben; z. B. wenn die Mutter ohne Rechtsverbindlichkeit ihrer Tochter eine dos constituirte, ohne sich das Rückfallsrecht vorzubehalten. Hier konnte allerdings von Seiten der dadurch beeinträchtigten Notherben der Geberin die querela inofficiosae donationis statt finden. Anders verhielt es sich in den übrigen Fällen. War eine Verpflichtung zur Dotation vorhanden, so mochte hierbei immer das gesetzliche Maaß überschritten seyn, ohne daß sich dadurch die Natur des Hauptgeschäfts wesentlich änderte. Eben so wenig konnte es als eine Schenkung betrachtet werden, wenn die Frau selber ihrem Manne eine dos inferirte, auch ohne dazu verbindlich zu seyn [25]; ja selbst in dem Falle nicht, wenn sie

24) Hille l. l. p. 56 in f. sqq.

25) Bekanntlich wird hierüber gestritten, ob die Ehefrau zur Dotation verpflichtet sey. Von den neuesten Schriftstellern erklären sich für die verneinende Antwort Glück Bd. XXV. des Commentars §. 1231. S. 105. und Hasse Güterrecht

auf das Zurückforderungsrecht Verzicht leistete, da ihr dennoch während der Ehe manches Recht an der dos verblieb, namentlich die Befugniß, dieselbe für ihren und ihrer Kinder Unterhalt in Anspruch zu nehmen. Für diese Fälle nun bedurfte es eines neuen Rechtsmittels, welches denn auch durch Ausdehnung des Rescissionsrechts liebloser Schenkungen erfolgte. Dies alles bestätigte der Scholiast zu den Basiliken, den Hille für seine Meinung anführt, sehr deutlich [26]). Zuerst bemerkt er, daß die durch übermäßige Dotation verletzten Notherben die querela inofficiosae dotis (τὴν δε ινοφφικιοσις δοτίβους) anstellen könnten, (Schol. p.); doch nur dann (heißt es in dem folgenden Scholium q.) sey diese Klage zuläßig, wenn die Frau für sich selbst eine dos constituire (von einem solchen Falle handelt nämlich die Stelle), nicht wenn dies für ihre Tochter (versteht sich ohne Rechtsnothwendigkeit) geschehe. Doch (fügt er am Schlusse hinzu), wolle man einen Fall haben, wo auch wegen der einem Descendenten constituirten dos die quer. inoff. dotis zuläßig sey, so dürfe man nur annehmen, daß ein Vater der in seiner Gewalt befindlichen Tochter eine übermäßige dos bestelle: denn dies könne man keine Schenkung nennen.

3. Indessen beruft man sich auch auf solche Stellen,

der Ehegatten §. 102; für die bejahende Friedrich Wilh. von Tigerström das römische Dotalrecht. Bd. I. (Berlin 1831.) §. 5. S. 57 fg. — In einem Falle trat eine solche Zwangsverbindlichkeit für die Frau gewiß ein: L. un. §. 1. C. *de raptu virginum* (IX. 13.). S. Marezoll in dem von Grolman und Löhr herausgegebenen Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung Bd. IV. S. 370 fgg. (Nr. 4.)

26) Tom. V. p. 489. Schol. p. u. q.

worin das Gegentheil bestimmt anerkannt seyn soll. Zuerst auf die bereits oben (S. 42. fgg.) erklärte L. 87. §. 3. D. *de legat.* II. Daß diese Stelle, wie sie uns vorliegt, allerdings am natürlichsten so verstanden wird, daß der Kaiser die Rescission der Schenkung für den ganzen Intestaterbtheil der verletzten Notherben zugelassen, habe ich selbst auszuführen gesucht, zugleich aber auch bemerkt, daß sich, bei mangelnder Kenntniß der genaueren Umstände dieser Schenkung, mit völliger Sicherheit hierüber nichts bestimmen lasse[27]). Allein davon ganz abgesehen, so erblicken wir hier ja das Rescissionsrecht liebloser Schenkungen in seinem ersten Anfange, und es ist gar wohl möglich, daß es später erst üblich wurde, die Rescission einer Schenkung unter Lebenden auf den Theil zu beschränken, durch dessen Hinterlassung jeder Notherbe abgefunden werden kann[28]); jedenfalls würde also durch die in den Codex aufgenommenen Bestimmungen über die Wirkung der Querel der Pandektenstelle derogirt seyn. — Aber noch die Kaiser Diocletian und Maximian sollen ausdrücklich die Rescission der ganzen Schenkung an-

27) Vgl. auch Franke a. a. O. S. 525 fg., welcher sehr richtig bemerkt: „daß es eine donatio omnium bonorum war, ist aber gar nicht gesagt, und erschöpft kann das Vermögen seyn, ohne daß alles weggegeben ist."

28) Eine mit dem Rechte der quer. inoff. donat. vorgegangene Aenderung nimmt auch *Joh. Ferd.* de Retes an, (de donationib. cap. VIII. §. 14. in Meermani thes. T. VI. p. 587 squ.) Doch glaubt er, daß erst die Kaiser Diocletian und Maximian die Beschränkung der Rescission auf die Pflichttheilsquote eingeführt, die spätern Kaiser aber wider das vollständigere Rescissionsrecht nach der Analogie der Testamentsquerel zugelassen hatten. Auf diese Weise lassen sich freilich alle und jede Schwierigkeiten leicht beseitigen!

erkannt haben, nämlich in der L. 4. C. *de contrah. emt.* (IV. 38.), welche so lautet: Quum res tibi donatas ab herede donatricis tibi distractas esse proponas, intelligere debueras, duplicari tibi titulum possessionis non potuisse, sed ex donatione et traditione dominum factum te frustra emisse, quum rei propriae emtio non possit consistere. At tunc demum tibi profuit, si ex donatione te non fuisse dominum demonstretur. Sane quoniam omnia bona tibi ab ea donata et tradita dicis, ad hoc et a filio facta venditio rerum maternarum afferre, perfecta etiam donatione poterit defensionem, ne vel exemplo inofficiosi testamenti possit haec avocare." Also —: wenn der Donator die ihm vom Erblasser geschenkten Sachen dem Notherben auch noch abgekauft hat, so kann ihm dies in soferne nützlich seyn, als er nunmehr gegen die etwanige querela inofficiosae donationis des Verkäufers eine Einrede hat. Weil nun vorher von „omnia bona donata et tradita" die Rede ist, so sollen die Schlußworte: „ne vel exemplo inoff. test. possit *haec* avocare" den Grundsatz ausdrücken: die quer. inoff. donationis rescindirt die ganze Schenkung[29]. Aber hier war ja nicht die geringste Veranlassung vorhanden, das Quantum der Rescissionsklage zu bestimmen[30], und es darf darum auch auf einen allgemeinen und unbestimmten Ausdruck nicht das Gewicht gelegt werden, als wenn der Hauptzweck der Constitution gewesen wäre, festzusetzen, was und wie viel der verletzte Notherbe mit der Querel zurückfordern dürfe. Nur

29) Zimmern a. a. O. S. 67. Hille l. l. p. 45 squ. (Nr. 3.)
30) Vgl. Kritz a. a. O. S. 117.

von einer allgemeinen Möglichkeit, die Schenkung als lieblos zu rescindiren und von der Gewinnung einer Einrede hiergegen ist mithin in der Constitution die Rede; und selbst dies wird eigentlich nur beiläufig angeführt. Die Veranlassung des Rescripts, welche wir jetzt genauer aus den Vaticanischen Fragmenten [31]) kennen, ist folgende. Es fragt der Donatar an, ob die ihm gemachte und durch bloße Tradition vollzogene Schenkung zu Recht bestehen könne, oder, wenn dies zu verneinen, ob er sich dann nicht wenigstens auf den über die geschenkten Sachen mit dem Erben der Schenkgeberin geschlossenen Kauf berufen dürfe? Die Kaiser antworten in der Art, daß sie zuerst die Bedingungen bestimmen, unter welchen auch die bloße Tradition einer gegen die Lex Cincia gemachten Schenkung genügen könne [32]), und darauf hinzufügen

31) Vat. Fr. §. 293. In dem Justinianischen Coder ist der erste Theil des Rescripts ganz weggeblieben und auch der aufgenommene Theil ist interpolirt (wenn wir anders die Stelle in den Vaticanen für ganz ächt halten dürfen); doch sind die Abweichungen nicht bedeutend. So konnte die nur zu dem ursprünglichen Zusammenhange passende Wendung: „Quod autem res tibi ab herede donatricis distractas esse proponis" in dem Justinianeischen Coder natürlich nicht beibehalten werden, und bei dem folgenden Satze: Sane quoniam omnia bona u. s. w. fehlt in den Vatican. Fragm. das *bona*.

32) Wenn nämlich (sagen sie) eine res tributoria — d. i. ein Provinzialgrundstück — verschenkt ist, so genügt die bloße Tradition zur Eigenthumserwerbung, sonst muß aber entweder noch Mancipation, oder Verjährung, oder wenigstens (nämlich bei rebus nec mancipi) ein Besitz während der längsten Zeit des letzten Jahres hinzutreten, falls nicht der Beschenkte zu den personis exceptis gehört. Vgl. Hasse

eine Verdoppelung des Besitztitels sey unstatthaft. Dieser könne sich nicht zugleich auf Schenkung und auf Kauf gründen. Sey die Schenkung zu Recht beständig, so habe der Anfragende das Eigenthum des geschenkten Objects erworben, seine eignen Sachen könne er aber nicht mehr kaufen. Aller Wahrscheinlichkeit nach ganz unveranlaßt erwähnen die Kaiser bei dieser Gelegenheit eines Falles, wo der Kauf dem Beschenkten von Nutzen seyn könne, auch wenn er aus der Schenkung Eigenthum erworben habe. „Du führst übrigens an, sagen sie, daß dir Alles geschenkt und tradirt sey; dies könnte denn allenfalls eine Veranlassung werden, auch die perfecta donatio durch die querela inoff. donationis anzufechten, wogegen du dich dann auf den Kauf berufen darfst." Das: omnia, oder omnia bona donata ist also nur auf den Veranlassungsgrund der Querel zu beziehen, und darf schon darum nicht mit den Schlußworten der Stelle in eine solche Verbindung gebracht werden, als ob die Kaiser gesagt hätten: ne — — — possit *haec omnia* avocare" [33]). Hiernach bedarf es denn auch der von Francke angenommenen Voraussetzung nicht, daß etwa der Erbe mit der Querel gedrohet und darauf einen Kauf über eine dem Pflichttheil angemessene Quantität der geschenkten Sachen abgeschlossen, also sich mit dem

von dem Recht der Lex Cincia §. 5 — 18., im Rhein. Museum f. Jurisprud. u. s. w. 1sten Jahrg. 3tes Heft. S. 196 fgg.

33) In Handschriften und alten Ausgaben findet sich übrigens hier auch noch eine Verschiedenheit der Lesarten, indem statt *haec* einige *hic*, andere *hoc* lesen. Hic würde dann auf den Erben zu beziehen seyn. Doch ist es nicht nöthig, hierauf ein Gewicht zu legen, da ja auch bei dem *haec* es immer noch unbestimmt bleibt, wie viel revocirt wird.

Beschenkten verglichen habe [34]. Diese Voraussetzung, welche freilich, wenn sie gegründet wäre, alles sehr gut erklären würde, darf nach dem ganzen Zusammenhange der Stelle, zumal wie wir sie nun aus den Vaticanischen Fragmenten kennen, nicht für richtig gehalten werden [35].

4) So kann denn auch ohne alle Rücksicht auf Justinians Vorschriften die Meinung für vollständig gerechtfertigt gelten, daß durch die querela inoff. donationis nur der Pflichttheilsbetrag, oder was an demselben fehlt, gefordert werden dürfe. Die Vertheidiger dieser Meinung können sich auf bestimmte und unzweideutige Aeusserungen stützen, die Gegner nur auf solche, welche für sich allein nichts entscheiden, sondern nur in Verbindung mit andern Gründen zu einem Beweise benutzt werden können. Hier muß also die Regel zur Anwendung kommen, daß ein an sich klarer und unzweideutiger Sinn dem vorzuziehen ist, welcher nur durch Anwendung der Regeln über Interpretation dunkler, unbestimmter und zweideutiger Gesetze gewonnen werden kann [36]. Die Vertheidiger der theilweisen Rescission können also auch ganz füglich der Analogie der Faviana und Calvisiana actio entbehren. Indessen darf die richtige Bemerkung Francke's [37] nicht mit Stillschweigen übergangen werden: es sey allgemeine Regel, daß ein Rechtsgeschäft, welches theilweise bestehen könne, auch nicht ganz rescindirt werde (z. B. eine nicht insinuirte Schenkung über 500 solidi), daß

34) Franke Notherbenrecht S. 530.

35) Auf die Vaticanischen Fragmente, die doch auch hier so manchen Aufschluß geben, hat Franke überhaupt bei dieser ganzen Lehre so gut wie gar keine Rücksicht genommen.

36) S. meine Doctrina Pandectar. §. 70.

37) a. a. O. S. 531 fg.

aben bei dem testamentum inofficiosum von selbst eine vollständigere Rescission habe eintreten müssen, weil ein solches Testament dem Kläger die Erbenqualität nehme und die Querel den Zweck habe, sich diese Qualität zu verschaffen, wogegen bei der querela inofficiosae donationis gerade umgekehrt vorausgesetzt werde, daß der Kläger Erbe sey, also kein Grund eintrete, die Klage auf mehr gehen zu lassen, wie jede andere Rescission einer Schenkung, die das Maaß überschreitet.

5) Einen entschiedenen Beweisgrund für die Richtigkeit der Ansicht, welche nur theilweise Rescission der lieblosen Schenkung zuläßt, enthält aber auch die Vorschrift der Nov. 92. Sie bestimmt nämlich, daß wenn ein Vater die an eins oder einige seiner Kinder gemachten unverhältnißmäßigen Schenkungen nicht durch eine angemessene Vertheilung der Erbschaft, also dadurch, daß er den beinträchtigten Kindern einen größern Erbtheil zuwendet, wieder ausgleiche, die Begünstigten ihnen das an dem Pflichttheil Fehlende ersetzen sollen. Und dies sey stets seine Meinung gewesen, setzt er hinzu; („et haec quidem nostra ab initio cogitatio fuit;" wie die Vulgata richtig übersetzt). Diese Worte sind zwar aller Wahrscheinlichkeit nach darauf zu beziehen, daß die von dem Kaiser angeordnete Erhöhung des Pflichttheils auch auf die querela inofficiosae donationis angewendet werden solle. In jedem Falle bestätigen sie aber die Meinung, daß mehr als der Pflichttheil mit dieser Klage nicht gefordert werden könne. In der That verstand sich aber auch die Anwendung des neuen Pflichttheils auf die Rescissionsklage ganz von selbst [38]); quarta pars debitae ab intestato portionis und ähnliche Ausdrücke

38) Kritz a. a. O. S. 110. Hille l. l. p. 59. 60.

bezeichnen nur den Begriff des Pflichttheils, dieser blieb aber natürlich immer derselbe, wenn gleich die Größe sich änderte. Daher folgt denn weiter, daß eben dies auch für die Querel der Ascendenten und Geschwister gelten müsse, ungeachtet Justinian nur von Kindern spricht. Daß die neueren Constitutionen, in ähnlicher Art, wie die früheren Rechtsquellen, ihre Bestimmungen gern an etwas Concretes knüpfen, oder doch nur ihr Augenmerk auf die gewöhnlicheren Fälle richten, ohne darum die Anwendug auf andere Fälle auszuschließen, ist bekannt und wurde auch schon bei einer andern Gelegenheit von uns bemerkt [39]. Darum werden denn gerade in der Materie vom Notherben- und Pflichttheils-Recht so häufig Kinder genannt, wo doch überhaupt Notherben gemeint sind, weil Fälle der Anwendung für diese natürlich am häufigsten vorkommen. Auch war Justinian ohne Zweifel durch vorgekommene Fälle, in welchen nicht so verfahren war, wie er mit Recht annimmt, daß es sich von selbst verstehe, zu seiner Disposition veranlaßt, was er nicht undeutlich zu erkennen giebt [40]. Er wollte also offenbar nur einer verkehrten Anwendung der früheren Bestimmungen über die quarta pars, als zu rescindirendes Quantum, vorbeugen, und dadurch fällt denn von selbst das Räsonnement von Zimmern [41] über den Haufen, daß Justinian diese Verordnung nicht erlassen haben würde, wenn ihn nicht die Ueberzeugung geleitet hätte, daß eine Ausdehnung des erhöheten Pflichttheils auf das mittelst der Querel zu rescindirende Quantum ohne ausdrückliches Gesetz unstatthaft sey. Bedarf es endlich zur

39) Bd. XXXV. §. 1421. b. S. 246 u. S. 250.

40) Nov. 92. cap. I. pr. in f.

41) a. a. O. S. 75.

Unterstützung unserer Meinung noch anderer Gründe, so wird man sich auch wohl darauf beziehen dürfen, daß in den Codex-Stellen sich ja ebenfalls keine Bestimmungen über das Quantum finden, worauf die Rescissionsklage der Eltern und Geschwister zu richten war, mithin man auch hier nur die darüber für Descendenten ausgesprochenen Bestimmungen zur Anwendung bringen konnte [42].

Hierbei entsteht nun aber noch die Frage: auf welche Zeit wird gesehen, um zu bestimmen, ob die Schenkung eine Pflichttheilsverletzung enthalte oder nicht, — auf die Zeit der vorgenommenen Schenkung, oder auf die Todeszeit des Erblassers? Die consequentere Meinung, welche sich auch als die gemeine ansehen läßt, geht dahin, daß zwar zunächst der Moment der vorgenommenen Schenkung hierüber entscheide, jedoch eine späterhin eingetretene Vermögensvermehrung die frühere Verletzung heben, umgekehrt aber eine spätere Verminderung des Vermögens dieselbe nicht begründen könne [43]. Also:

42) Franke a. a. O. S. 522.

43) M. s. z. B. Baldus ad L. 1. Cod. *h. t.* Nr. 8—10. *A.* Tiraqellus ad L. Si unquam C. *de inoff. donat.* in verba *omnia, vel partem aliquam*, Nr. 33—35. fol. 88. 89. *H.* Donelli comment. jur. civ. Lib. XIX. cap. XI. §. 4—8. *G. A.* Struvii Synt. jur. civil. Exercit. XL. th. 14. Hofacker Princ. jur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1000. Nr. V. Thibaut System des Pandektenrechts §. 904. Nr. c. Günther Principia juris. Rom. priv. noviss. §. 1051. Nr. 2. 3. Schweppe das röm. Privatr. u. s. w. §. 973. Nr. 3. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechts Buch. V. §. 153. Nr. 2. Meine Doctr. Pand. Vol. III. §. 774. Nr. 2. Seuffert Lehrb. des pract. Pandektenrechts §. 654. Nr. 5. *A.* Haimberger Jus Rom. privat. idque purum. T. IV. §. 550. p. 185

A) es muß der Pflichttheilsbetrag in dem Vermögen des Schenkens zurückbleiben. Inofficiös ist daher z. B. die Schenkung, wenn Jemand, welcher zwei Söhne hat, dem einen derselben $^{10}/_{12}$ des Vermögens schenkt. Die zurückbehaltenen $^{2}/_{12}$ kommen zwar dem neuen Pflichttheilsbetrag für jeden der beiden Söhne gleich (nämlich $^{1}/_{3}$ der Intestaterbportion = $^{2}/_{12}$ des Ganzen; den alten Pflichttheilsbetrag übersteigen sie noch um $^{1}/_{24}$): allein da doch auch der beschenkte Sohn bei dem Nachlasse wieder als Notherbe concurrirt, so ist durch die Schenkung jedenfalls das Pflichttheilsrecht des Zurückgesetzten verletzt, es mag der Vater die Intestaterbfolge eintreten lassen, oder Beide zu Erben auf gleiche Theile einsetzen [44].

B) Wenn indessen der durch die Schenkung an und für sich beeinträchtigte Notherbe von dem Nachlasse dennoch so viel erhält, als ihm mit Hinzurechnung der weggeschenkten Summe zu dem Vermögen des Erblassers gebührt, so darf er sich nicht beschweren, gleichviel ob der Erblasser die früher zugefügte Verletzung durch testamentarische Disposition wieder vergütet [45], oder ob sein Ver-

Warnkoenig comment. juris Rom. priv. §. 1112. p. 404. Franke Notherbenrecht S. 508 fgg. — Alle diese Schriftsteller stimmen in der Hauptsache überein, obgleich sie im Ausdruck unter einander abweichen, was denn über die Frage, wie hier der Pflichttheil zu berechnen sey, wieder Differenzen erzeugt hat. S. Franke a. a. O. und unten Nr. C. 2.

44) L. 1. C. *h. t.* „Si mater vestra ad eludendam inoff. querelam paene universas facultates — factis donationibus — — in quosdam liberos — exhausit, ac postea vos ex duabus unciis fecit heredes" —. S. Azonis Summa ad h. l. und die Accursische Glosse.

45) Darauf geht zunächst die Bestimmung der Nov. 92. cap. 1.

mögenszustand sich verbessert hat. Denn immer gebührt ihm die Legitima erst von dem Nachlasse; die frühere Verminderung des Vermögens durch pflichtwidrige Schenkungen giebt ihm nur das Recht, zu fordern, daß bei Bestimmung seines Pflichttheilsrechts der damalige Vermögenszustand mit berücksichtigt werde [46]). Und überhaupt kann ja die Gesinnung des Erblassers nicht weiter in Betracht kommen, so bald er nur seinem Notherben den vollen Pflichttheil hinterläßt [47]). Doch versteht sich, daß ihm auch von der Vermehrung selbst der Pflichttheil gebührt, und hiernach ist die Berechnnng bei Glück zu berichtigen, welcher annimmt, daß, wenn ein Vater von 5 Kindern, der 8000 im Vermögen hat, hievon 5000

pr. „Si quis donationem immensam in aliquem filiorum fecerit, necessarium habeat in distributione hereditatis, tantam unicuique filiorum servari ex lege partem, quanta fuit, priusquam donationem pater faceret."

46) Man gründet diesen Satz gewöhnlich auf Nov. 92., welche indessen von einer Vermehrung des Vermögens gar nicht handelt. Da die Novelle aber von dem richtigen Grundsatze ausgeht, daß erst die Todeszeit darüber entscheiden könne, ob sich der Notherbe wirklich verletzt finde oder nicht, so läßt sich eine Berufung auf dies Gesetz hier allenfalls rechtfertigen, obgleich sie unnöthig ist, da der obige Satz schon als consequente Anwendung anderer Grundsätze gerechtfertigt erscheint.

47) „Non sane" (sagt Donellus) l. I. §. 4.) „quod non fuerit donatio inofficiosa, et talis non maneat; sed quia in legitimam, quae detrahitur, de ea donatione, imputatur omne, quod de bonis donantis ab eo accipitur, ac legitima portione accepta cessat revocatio factae donationis."

wegschenke und später noch 1000 dazu erwerbe, folglich seinen Kindern die ihnen von 8000 gebührende Legitima (4000) hinterlasse, die Kinder gegen den Donatar keine Klage hätten [48]; es gebührt ihnen vielmehr auch von diesen 1000 (also im Ganzen von 9000) die Legitima, weshalb sie denn von dem Donator immer noch 500 zu fordern haben [49].

C) Da eine lieblose Schenkung nur vorhanden ist, soferne durch dieselbe der Pflichttheilsbetrag verletzt wird, so folgt von selbst, daß gegen einen Donatar nur geklagt werden kann, wenn durch die ihm gemachte Schenkung die Notherben im Pflichttheile verkürzt sind. Also

a) es sind mehrere Schenkungen hinter einander gemacht, aber nur die letztern enthalten eine Pflichttheilsverletzung. Alsdann können auch lediglich diese angefochten werden, indem ja der Schenker über das durch die ersteren Weggegebene völlig unbeschränkt verfügen durfte, mithin auf dieselben der Begriff liebloser Schenkungen überall nicht anwendbar ist [50]. Von selbst versteht sich

48) Bd. VII. des Commentars S. 97 fg.

49) Franke Notherbenrecht S. 510. 511.

50) Die Meinung, daß alle Schenkungen pro rata angefochten werden können, hat auch Glück verworfen (Bd. VII. S. 174); doch nimmt er auf einen Grund der Gegner keine Rücksicht, daß nämlich alle Vermächtnisse, nicht blos die zuletzt, etwa in Codicillen, angeordneten, pro rata verringert würden, so weit durch sie das Pflichttheilsrecht verletzt ist. Indessen sind beide Fälle durchaus verschieden. Mehrere Vermächtnisse erhalten stets zu derselben Zeit ihre Gültigkeit, sie mögen angeordnet seyn, wann und wo sie wollen, wogegen eine Schenkung mit dem Moment existirt, wo sie gemacht wird. Bartolus ad L. 1. C. *h. t.* Nr. 5. Donellus l. l. §. 7. Francke a. a. O. S. 514.

übrigens, daß bei gleichzeitig an mehrere gemachten Schenkungen das Gegentheil eintritt [51]).

b) Es wird das Vermögen des Schenkers zufällig vermindert; z. B. derselbe hat zwei Söhne und verschenkt von einem aus 12000 bestehenden Vermögen 8000, verliert aber später die zurückbehaltenen 4000 oder einen Theil derselben durch Unglücksfälle. Auch in diesem Falle kann die Schenkung nicht rescindirt werden; denn da dieselbe zu Anfange nicht inofficiös war, so kann sie dies auch durch zufällige Vermögensverminderung nicht werden. Es führt daher auch leicht zu einem unrichtigen Resultate, wenn Manche die Regel so ausdrücken, daß bei Berechnung des Pflichttheils die Schenkungen mit zu dem Vermögen gerechnet werden müßten, wovon dem Notherben der Pflichttheil gebühre [52]). Gesetzt also, in dem vorhin angenommenen Falle gingen von der zurückbehaltenen Pflichttheils-Summe (4000) 3000 verloren; hier können die Söhne nicht mehr, als die im Nachlasse befindlichen 1000 fordern; nach der vorhin angeführten Regel dagegen würden sie aus der verschenkten Summe (8000) und dem Nachlasse (1000) den Pflichttheil (also 3000) verlangen, mithin immer einen Theil dessen revociren dürfen, was doch einmal giltig aus dem Vermögen heraus gegangen ist [53]). Daher erfordert es auch die Consequenz, daß, wenn die Schenkung wirklich mit Verletzung des Pflichttheils verbunden war und später sich das Vermögen vermindert, dem Beschenkten doch nur so viel abgefordert werden darf, als er nach dem früheren Vermögenszustande

51) Francke a. a. O. S. 512.

52) Z. B. Wening-Ingenheim a. a. O.

53) Vgl. Francke a. a. O. S. 508 fg.

über die disponible Summe erhalten hat; (mithin wenn von einem Vermögen, welches 12000 beträgt, 10000 weggeschenkt sind, und das Vermögen sich noch um 1000 mindert, der Pflichttheil aber $1/3$ beträgt, so wird dieses $1/3$ nicht von 11000 berechnet, sondern die Notherben können die Rescissionsklage immer nur auf die zu viel weggeschenkten 2000 richten, m. a. W. sie erhalten im Ganzen nicht $3666\,2/3$, sondern nur 3000).

Auf eine ganz eigenthümliche Art hat sich diese Lehre im Preussischen Land-Recht gestaltet. Wir finden hierüber folgende Bestimmungen: Nothwendige Erben, denen nach den Gesetzen ein Pflichttheil gebührt, können „eine jede von dem Erblasser innerhalb dreier Jahre vor seinem Tode gemachte Schenkung widerrufen, wenn der reine Betrag des Nachlasses nicht die Hälfte des Betrags der geschenkten Summe oder Sache ausmacht. Doch darf alsdann von den Geschenknehmern nur so viel, als zu dieser Hälfte fehlt, zurückgegeben werden. Sind innerhalb dieser drei Jahre mehrere Schenkungen geschehen, so müssen zwar, zum Behufe der Bestimmung, ob eine Verkürzung im Pflichttheil vorhanden sey, alle diese Schenkungen zusammen gerechnet werden; dagegen findet ein wirklicher Widerruf der Zeit nach älterer Geschenke nur so weit statt, als die Ergänzung des Pflichttheils aus den zurückgenommenen späteren Geschenken nicht erfolgen kann"[54]).

Auffallend ist hier besonders, daß die Hälfte des Betrags der geschenkten Summe als dasjenige Quantum bestimmt ist, welches den Notherben hinterlassen werden

54) Allgem. Landrecht Th. I. Tit. 11. §. 1113—1116. Wesentlich übereinstimmend ist der gedruckte Entwurf des Gesetzbuchs Th. II. Tit. 8. §§. 784. 785.

muß [55]). Denn daß diese gesetzliche Vorschrift die Sicherung des Pflichttheils bezweckt, auch nicht etwa ein eigenthümlicher Pflichttheil für das Recht liebloser Schenkungen angenommen werden sollte, ist durchaus nicht zu bezweifeln [56]). Nun war zwar in dem gedruckten Entwurfe des allgemeinen Gesetzbuchs der Pflichttheil auf die Hälfte der Intestaterbportion eines Notherben festgesetzt [57]), nach dem Landrechte selbst aber beträgt der Pflichttheil für Descendenten bald 1/3, bald 1/2, bald 2/3 des gesetzlichen Erbtheils (je nachdem nicht über zwei, oder nicht über vier, oder mehr als vier Kinder vorhanden sind), und nur für Ascendenten stets die Hälfte [58]); doch concurriren diese in der Intestaterbfolge mit den nicht zum Pflichttheile berechtigten Geschwisten und Geschwister-Kindern des Erblassers [59]), so daß sie, im Falle einer solchen Concurrenz nie die Hälfte des ganzen Nachlasses als Pflichttheil ansprechen dürfen. Gesetzt aber auch, es wäre bei der Bestimmung des Entwurfs in Ansehung der Größe des Pflichttheils geblieben, so würde die Vorschrift des Allgem. Landrechts über donatio inofficiosa doch nur in dem einzigen Falle den Notherben die Hälfte ihres Erb-

55) Sehr belehrende Aufsätze hierüber finden sich in dem ersten Hefte der von A. H. Simon und H. L. v. Strampff herausgegebenen Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des preussischen Rechts vom Herrn Geheimen-Ober-Justiz-Rathe Müller (Nr. VII. S. 63 fg.) und von den Herausgebern (Nr. VIII. S. 75 fg.)

56) S. hierüber Müller a. a. O. S. 69—72 und Simon S. 86 fg. Nr. 2. S. 103 a. E. fgg.

57) Th. I. Abth. I. Tit. 2. §. 307.

58) Th. II. Tit. 2. §. 392 u. §. 502.

59) Th. II. Tit. 3. §. 33.

theils gewähren, wenn der Erblasser sein ganzes Vermögen bei seinen Lebzeiten weggegeben, also eigentlich gar nichts hinterlassen hätte [60]), und auch ausserdem würde die Anwendung dieser Vorschrift zu den seltsamsten Resultaten führen. Denn je geringer der eigentliche Nachlaß des Schenkers ist, desto größer wird hiernach immer das Quantum seyn, welches die Notherben im Ganzen erhalten. Wenn Jemand z. B. von 100,000 wegschenkt 70,000, der Nachlaß also noch 30,000 beträgt, so fordert sein Notherbe, welcher die Hälfte der geschenkten Summe (= 35,000) haben soll, nur 5000 zurück; sind 80,000 verschenkt, so fordert er zu den ihm verbleibenden 20,000 noch eben so viel zurück, erhält also im Ganzen 40,000; beträgt das Geschenk 90,000, so wird der Pflichttheil des Notherben seyn = 45,000, und hat der Erblasser das ganze Vermögen weggeschenkt = 50,000. Es liegt mithin bei der Fassung der fraglichen Vorschrift des Allgem. Landrechts über donatio inofficiosa ein mehrfacher Irrthum zu Grunde, wie dies auch von den Herausgebern der Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des preussischen Rechts sehr gut nachgewiesen ist [61]). Erstlich, daß man die Bestimmungen des Entwurfs auch in dem Gesetzbuche beibehielt, ohne es zu beachten, daß die Vor-

60) Dieser Fall scheint den Redactoren des Gesetzbuchs allein vorgeschwebt zu haben (Simon a. a. O. S. 102 fg. Nr. 5.), was um so auffallender ist, als die wörtliche Fassung des Gesetzes fast nur an den entgegengesetzten Fall denken läßt, daß nämlich noch ein Nachlaß übrig bleibt, folglich nicht Alles verschenkt ist.

61) Es gehören hieher die von ihnen der Müller'schen Abhandlung hinzugefügten Aufsätze (S. 75—106) ihrem ganzen Inhalte nach.

schriften des letzteren über die Größe des Pflichttheils von denen im Entwurf durchaus abweichen. Zweitens, daß man stets nur von der Hälfte des Betrags der gemachten Schenkung sprach, und dennoch an die Hälfte der ganzen Verlassenschaft, die Schenkungen in dieselbe mit eingerechnet, dachte, — also einen so höchst einfachen Gedanken nicht deutlicher auszudrücken wußte! Drittens, daß man die Fälle ganz unberücksichtigt ließ, wenn Notherben mit nicht pflichttheilsberechtigten Intestaterben concurriren. — Diese Versehen erscheinen um so auffallender, als sie keineswegs etwa der Eilfertigkeit zugeschrieben werden können, sondern die Redactoren mehr als eine Veranlassung hatten, den Ausdruck und Inhalt dieser Vorschriften in genaue Erwägung zu ziehen. Man wurde durch Monita auf die Zweideutigkeit und Inconsequenz derselben aufmerksam gemacht[62]), ohne diese Erinnerungen zu beachten[63]); man suchte sich selbst den Gegenstand durch Berechnungen zu verdeutlichen[64]); man brachte an verschiedenen Orten des Entwurfs dasselbe Rechtsprincip zur Anwendung, ohne den mangelhaften Ausdruck zu bemerken[65]); man änderte späterhin, wahr-

62) Simon u. s. w. a. a. O. S. 90—96.

63) Der G. R. Goßler bemerkte dagegen: das Gesetz scheine deutlich, und die Erklärung des Monenten höchst gezwungen, die Erinnerung sey also unerheblich! (a. a. O. S. 92 u. 94).

64) So Suarez (Zeitschr. a. a. O. S. 93).

65) So auch in der Lehre vom Widerruf eines Leibrenten-Contracts durch die Kinder des Erblassers wegen Verletzung im Pflichttheile, worüber es im Entwurfe Th. II. Tit. 8. §. 509 seq. heißt: „Durch den Ankauf von Leibrenten kann Niemand, der zur Zeit des geschlossenen Contracts Kinder hat,

scheinlich auf Veranlassung jener Erinnerungen [66]), in der Materie vom Leibrentencontract die Bestimmungen des Entwurfs [67]), behielt aber in der Lehre von der donatio inofficiosa, wovon in dem nämlichen Titel die Rede ist, die unrichtige Fassung bei.

Herr G. O. J. R. Müller schlägt vor, den §. 784 des Entwurfs [68]) mit der in demselben angenommenen Theorie über die Größe des Pflichttheils dadurch in Uebereinstimmung zu bringen, daß man hinter den Worten „die Hälfte des Betrags der geschenkten Summe oder Sache" ergänzt: „*inclusive* des reinen Nachlaßbetrags." Indeß glaube ich nicht, daß der Ausleger sich erlauben darf, etwas hinzu zu denken, wodurch das Gesetz einen ganz anderen Sinn erhält, als in den gebrauchten Ausdrücken liegt. Daß freilich die Verfasser dies sagen wollten, und eben so auch die Redactoren des Gesetzbuchs bei der Fassung der §. 1113 und §. 1114 (Th. I. Tit. 11 des Landrechts) leidet nach den Aeusserungen derselben in den ungedruckten Materialien wohl keinen Zweifel und wird auch von den Herausgebern der Zeitschrift für wissen-

denenselben den, nach den Gesetzen ihnen zukommenden Pflichttheil entziehen. Beträgt also bei seinem Absterben sein Nachlaß nicht die Hälfte des für die Leibrente gezahlten Capitals, so muß der Verkäufer davon soviel, als zu dieser Hälfte fehlt, zurückgeben."

66) S. die angeführte Zeitschrift S. 102 (Nr. IV.)

67) A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 637 — 639.

68) Dieser lautet so: „die Schenkung kann widerrufen werden, wenn der reine Betrag des Nachlasses nicht die Hälfte des Betrags der geschenkten Summe oder Sache ausmacht."

schaftliche Bearbeitung des preussischen Rechts zugegeben [69]. Doch sind sie ebenfalls der Meinung, daß sich nach den Worten der angeführten Stellen eine solche Auslegung nicht rechtfertigen lasse. Auch bemerken sie sehr richtig, daß am angemessensten der Gesetzgeber sich darauf beschränkt hätte, dem Notherben nur eine Klage auf Ergänzung des Pflichttheils zu geben [70]; (also es ganz einfach bei der gemeinrechtlichen Bestimmung über das zu revocirende Quantum bewenden zu lassen). Wenn sie indessen hinzufügen, daß sich hiermit selbst die Worte des Gesetzes wohl vereinigen lassen [71], so gestehe ich, dies in keiner Weise finden zu können, auch wenn man mit ihnen den Fall unterstellt, wo der Pflichttheil 1/3 beträgt, mithin der Geschenknehmer 2/3 des ganzen Nachlasses erhalten oder behalten kann.

V. Da die querela inofficiosae donationis, wie die Testaments-Querel, ihren Grund in einer von dem Erblasser wider den Notherben bewiesenen lieblosen Gesinnung hat; so war es ganz consequent, auf sie auch die eigenthümlichen Gründe des Wegfallens der letztgenannten Klage (fünfjährige Verjährung, das Daseyn einer Enterbungsursache, in der Regel auch der Tod des Notherben, ohne die Klage vorbereitet zu haben), anzuwenden [72]. Dadurch hauptsächlich unterscheidet sich denn diese Klage

69) a. a. O. S. 75. S. 87. S. 98. S. 104.

70) a. a. O. S. 99.

71) a. a. O. S. 100.

72) S. Bd. VII. des Commentars §. 550 S. 176—179, worauf ich hier ganz verweisen kann. Auch stimmt mit der daselbst sich findenden Ausführung überein Francke Notherbenrecht S. 534.

von der actio ad supplendam legitimam, mit der sie sonst materiell große Aehnlichkeit hat, wenn nämlich nicht Alles weggeschenkt ist, so daß die Notherben nur auf Ergänzung des Pflichttheils klagen dürfen. Völlig falsch aber ist die Meinung von Zimmern [73]) und Schweppe [74]), daß, seit Justinian die Ergänzungsklage des Pflichttheils eingeführt habe, allemal nur diese statt finde, wenn den Notherben nicht Alles entzogen worden sey. Beide Klagen haben eine ganz verschiedene Grundlage. Die querela inoff. donationis gründet sich, wie die Testamentsquerel, auf lieblose Gesinnung des Erblassers: durch die suppletorische Klage wird nur der unvollständig ausgesprochene Wille des Testirers ergänzt [75]); und — worauf es hier hauptsächlich ankommt —, die Ergänzung wird von dem eigentlichen Nachlasse gewährt, wogegen vermittelst der querela inofficiosae donationis der Kläger eine nach sonstigen Rechtsbegriffen giltige Schenkung impugnirt. Abgesehen also davon, daß diese Querel immer von dem Erben gegen den angestellt wird, welcher titulo singulari, und zwar nicht aus dem Nachlasse, etwas von des Erblassers Vermögen erhalten hat, die suppletorische Klage aber stets gegen den Erben oder Miterben gerichtet wird: so ist auch aus inneren Gründen eine Vertauschung beider Klagen nicht möglich, und kann daher, wenn lieblose Schenkungen unter Lebenden gemacht sind, überall darauf nichts ankommen, ob dadurch das Vermögen des Schenkers ganz erschöpft wurde oder nicht, und ob im letzteren

73) In der angef. Abhandlung S. 75.

74) Röm. Privatrecht in seiner Anwendung auf teutsche Gerichte §. 974 a. E.

75) S. oben S. 32—38 fgg.

solle die beeinträchtigten Notherben ab intestato erben oder zu Erben eingesetzt sind. Da übrigens auch hier stets der Gesichtspunkt festgehalten werden muß, daß der Notherbe auf den Pflichttheil erst nach dem Tode des Erblassers einen Anspruch zu machen habe, so folgt von selbst, daß die Klage nicht auf die bis zum Ableben des Schenkers von der geschenkten Sache oder Summe gezogenen Nutzungen gerichtet werden könne. So lange der Inhaber eines Vermögens lebt, steht ihm (unter Voraussetzung persönlicher Selbstständigkeit) die uneingeschänkteste Verfügungsfreiheit über die aus demselben erhobenen oder zu hebenden Nutzungen zu; er mag sie selbst verzehren oder wegschenken, immer kann der Notherbe aus dem Grunde, daß der Ueberschuß möglicherweise capitalisirt und dadurch der Stamm des Vermögens hätte vermehrt werden können, (denn ein anderer Grund ist hier nicht denkbar), darauf keinen Anspruch machen. Da aber auch andere Rescissionsklagen mit auf die Früchte und Accessionen gehen [76], so wird die querela inofficiosae donationis unbedenklich auf die seit dem Tode des Erblassers gezogenen Nutzungen und sonstigen accessiones rerum gerichtet werden dürfen; auf Zinsen und sonstige Entschädigung aber freilich erst nach eingetretener mora [77].

VI. Das Recht der lieblosen Schenkungen wird auch angewandt

76) L. 28. §. 6. D. *ex quib. caus. maj.* (IV. 6.) L. 38. pr. §. 2—6. D. *de usur.* (XXII. 1.) L. 7. §. 1. C. *de revoc. donat.* (VIII. 56.) — („vindicationis habeat effectum.") — *Andr.* Tiraquelli comment. in L. *si unquam* C. *de revoc. donat.* ad verb. *Totum* Nr. 273—282. (opp. T. V. Fol. 245 squ.)

77) Vgl. Francke a. a. O. S. 533 a. E. fg.

1) auf dos inofficiosa [78]. Es wurde oben (S. 108.) schon bemerkt, daß die s. g. querela inofficiosae dotis nur eine weitere Ausdehnung des neu aufgekommenen Rechts enthält, wonach der Pflichttheil den Notherben auch durch Lieberalitätshandlungen unter Lebenden nicht verkürzt oder entzogen werden soll; eine Ausdehnung muß man es freilich nennen, nicht eine einfache Anwendung, da die querela inoff. donationis, streng genommen, auf Dotation nur paßte, soferne diese als reine Schenkung anzusehen war, in welchem Falle sie denn auch so behandelt, d. h., zu ihrer Anfechtung die querela inofficiosae donationis zugelassen wurde [79]. Genug auch da, wo dies nicht der Fall war, dennoch aber die Bestellung einer dos eine Verletzung des Pflichttheils-Rechts enthielte [80], wurde den Notherben nach dem Tode des Constituenten eine Klage auf Rescission der übermäßigen Dos „ad exemplum inofficiosi testamenti“ gegeben, welche ihren Bedingungen, wie ihren Wirkungen und sonstigen Eigenthümlichkeiten nach der querela inofficiosae donationis gleich war; wie dies Alles schon bei der früheren Darstellung dieser Lehre genügend ausgeführt ist. Da indessen alle Lieblosigkeitsklagen nur in subsidium, oder in Ermangelung eines

78) Theod. Cod. *de inofficiosis* dotibus (II. 21.) Justin. Cod. de *inoff. dotib.* (III. 30.) S. Bd. VII. des Commentars §. 550. S. 181—191. Zu der daselbst angeführten Literatur ist noch hinzuzufügen: *Chr.* Thomasii diss. de legitima viventis Cap. II. §. 24—31. Francke Notherbenrecht §. 45. S. 536. fgg.

79) Schol. Basilic. ad Lib. XLI. Tit. IV. Fr. 10. p. 489. Schol. q.

80) Die Fälle selbst sind aufgezählt Bd. VII des Commentars S. 186—188.

andern gleich wirksamen Rechtsmittels, statt finden, so ist diese Rescissionsklage für manche Fälle ihrer früheren Anwendbarkeit unnöthig geworden, seitdem die neueren Kaiser, und besonders Justinian anderweitig dafür sorgten, daß die Rechte und Ansprüche der Kinder durch Eingehung einer zweiten Ehe ihres Parens nicht leicht gefährdet werden könnten [81]. So folgt daraus, daß die zur zweiten Ehe schreitende Mutter ihrem zweiten Gatten durch irgend eine Liberalitätshandlung nicht mehr zuwenden darf, als demjenigen der Kinder aus der frühern Ehe, welches am Wenigsten erhält, dem doch allemal der Pflichttheil verbleiben muß [82]; daß es der querela inoff. dotis nicht mehr bedarf, wenn sie dem neuen Ehegatten eine größere dos aus ihrem Vermögen bestellt, indem alsdann das zu viel Gegebene ipso jure ungiltig ist und (versteht sich) nach dem Tode der Mutter den Kindern als Erbtheil zufällt [83]. Ja auch an

81) S. Bd. XXIV. des Commentars §. 217. S. 113 — 168. Marezoll in der von ihm, Linde und v. Wening-Ingenheim herausgegebenen Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. III. Abhandl. V. S. [illegible]

82) L. 6. pr. C. *de secund. nupt.* (V. 9.) — „non liceat plus vitrico testamento relinquere vel donare, *seu dotis vel ante nuptias donationis titulo conferre*, quam filius vel filia habet; cui minor portio — derelicta, vel data fuerit, — ita tamen, ut quarta pars, quae iisdem liberis dabatur ex legibus, nullo modo minuatur, nisi ex his causis, quae de inofficioso excludunt querelam." — Damit übereinstimmend ist auch Nov. 22. c. 27.

83) L. 6. pr. in f. C. *de sec. nupt.* — „id, quod plus relictum vel donatum aut datum fuerit, *tanquam non scriptum sit, ad personas deferri liberorum, et inter eas dividi jubemus*."

dere Notherben der Frau (uneheliche Kinder, Ascendenten und, für den Fall, daß der Ehegatte eine persona turpis ist, auch Geschwister), bedürfen der Rescissionsklage nur, wenn sie dem Mann ein unwiderrufliches Recht an der dos ertheilt hat; denn sonst steht ihnen schon als Erben der Frau das Zurückforderungsrecht der dos zu[84]). Und wenn Francke annimmt, daß den aus derselben Ehe, worauf sich die Bestellung der dos bezieht, erzeugten Kindern, in einem solchen Falle die querela inofficiosae dotis alsdann wenigstens nöthig sey, wenn sie nach dem Tode ihrer Mutter beim Leben des Vaters sui juris werden; so glaube ich, daß auch dies nicht einmal zugegeben werden darf. Francke argumentirt etwa so: nach den neuern Gesetzen könne der Vater nur den Nießbrauch und, solange er nicht zu einer folgenden Ehe schreite, die Proprietät an einem Kindestheile erhalten[85]), das Vermögen der Kinder sey aber dem Nießbrauchsrechte des Vaters, in dessen Gewalt sie stehen, unterworfen, mithin könne während der Dauer der väterlichen Gewalt von einer Klage gegen ihn überall keine Rede seyn. Sobald dagegen das Gewaltverhältniß beendet sey, trete ihr volles Pflichttheilsrecht ein, und hier zeige sich unsere Querel wirksam. Denn der Pflichttheil könne keiner Beschwerde, also auch nicht dem Nießbrauchsrechte des Vaters unterworfen werden; dies würde aber jenes Vertrags wegen geschehen, und darum sey dem Kinde hier die querela inofficiosae dotis nöthig[86]). — Allein auch abgesehen davon, daß ja die Frau, wenn sie dem Manne die Zurückgabe der dos erläßt, ihm dadurch die

84) L. un. C. de rei uxoriae actione (V. 13.)

85) Nov. 98. c. 1. Nov. 127. c. 3.

86) Francke a. a. O. S. 538. a. E. S. 569.

L 2

Proprietät derselben und nicht einen blossen Nießbrauch zuwenden will, so bedarf es doch eben so wenig einer Rescissionsklage, damit ein von der väterlichen Gewalt befreites Kind ein uneingeschränktes Recht an dem Seinen erhalte, als es nöthig wird, ihm erst durch eine besondere Klage das Recht selbst an dem mütterlichen Dotalvermögen zu verschaffen; so wie hier das Gesetz unmittelbar wirkt und jede zum Nachtheil der Kinder gereichende Disposition über ein solches Vermögen im Voraus für null und nichtig erklärt, eben also hört der väterliche Nießbrauch mit beendigtem Gewaltverhältniß von selbst auf, und wenn der Vater die Herausgabe und den Genuß des ehemaligen peculium adventitium dem Kinde vorenthalten wollte, so würden dagegen die gewöhnlichen Rechtsmittel anwendbar seyn.

Endlich darf nicht mit Stillschweigen übergangen werden, daß auch die schon im alten Rechte begründete Verpflichtung zur dotis collatio mittelbar eine Einschränkung der querela inofficiosae dotis zur Folge haben kann. Wenn nämlich eine Descendentin, die eine übermäßige dos von dem Erblasser erhalten hat, mit andern Descendenten dieses Erblassers zur Erbfolge gelangen will, so muß sie ihre dos conferiren, und dann kann von einer Rescissionsklage überall nicht die Rede seyn. Verzichtet sie aber auf die Erbschaft, so fällt die Collationsverbindlichkeit weg [87]), folglich bleibt dem beeinträchtigten Notherben nur die querela inofficiosae dotis zur theilweisen Revocation der Dos übrig [88]).

2) Aber auch selbst onerose Geschäfte können nach

87) L. 1. pr. D. *de dotis collatione.* (XXXVII. 7.)

88) Francke a. a. O. S. 539. u. ff.

der wohl begründeten Lehre der Praktiker angefochten werden, sofern dabei eine mit Pflichttheilsverletzung verbundene und von liebloser Gesinnung gegen die Notherben zeugende Liberalität concurrirt [89]. So in dem Falle, wenn zu wohlfeil veräussert ist, in der Absicht, sich dadurch liberal gegen den Erwerber zu erweisen [90]. Indessen meint Thomasius, ein solcher Fall könne nie vorkommen, weil ja doch immer ein einigermaßen verhältnißmäßiges Aequivalent gegeben werden müsse, mithin der Pflichtheil stets im Vermögen zurückbleibe [91]. Er scheint also anzunehmen, daß allemal der Kauf als ein simulirtes Geschäft zu betrachten sey, wenn der Preis so niedrig bestimmt ist, daß hierdurch die Notherben im Pflichttheile verkürzt werden. Indessen ist dies unrichtig. Ein blos simulirter Kauf ist gar keiner; das Kaufgeschäft kann aber an sich sehr ernstlich gemeint und dennoch da-

89) S. Glück Bd. VII. des Comment. §. 550. S. 191 — 196. und die daselbst S. 193. Note 14. angeführten Schriftsteller.

90) Arg. L. 38. D. *de contrah. emt.* XVIII. 1. („Inter virum et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est"); und L. 5. §. 5. D. *de donat. int. V. et U.* (— venditionem donationis causa factam nullius esse momenti, si modo — — — idcirco venditionem commentus sit (maritus), ut donaret." — Wenn der ganze Kauf blos simulirt ist (also gar kein Pretium, oder nur ein Schein-Pretium dabei vorkommt), oder auch die Erfüllung aus einem abgeschlossenen Kaufe nur vorgegeben wird, um dahinter eine Schenkung zu verbergen, so liegt eine reine Schenkung vor, (L. 36. D. *de contr. emt.* L. 7. C. *eod.* IV. 38.) und die querela inoff. donationis ist alsdann auch ohne alle Ausdehnung begründet. *Chr.* Thomasius Diss. de legit. viventis Cap. II. §. 5.

91) Thomasius de legit. viventis Cap. II. §. 11.

mit eine so große Begünstigung des Käufers verbunden seyn, daß dadurch das Pflichttheilsrecht verletzt ist; z. B. ein Vater, welcher fünf Kinder hat und dessen Vermögen aus einem Landgute, 50,000 Thlr. an Werth besteht, überläßt dasselbe einem seiner Kinder für die Summe von 24,000 Thlr. — Dachte aber Thomasius hier an die Möglichkeit, einen solchen Handel propter laesionem ultra dimidium anzufechten, so hat er nicht erwogen, daß diese Anfechtung überall nicht statt findet, wenn der Verkäufer mit Absicht und Vorbedacht zu wohlfeil verkaufte [92], und daß ja auch ein ausdrücklicher Verzicht auf dies Rechtsmittel möglich ist [93].

Auch Leibrenten-Contracte geben sehr leicht den Notherben eine Veranlassung, sich über Verletzung im Pflichttheile zu beschweren, und pflegen in dieser Hinsicht von neueren Gesetzgebern besonders berücksichtiget zu werden [94].

Daß nun auch diese Rescissionsklagen sich ihrem Grunde wie ihrer Wirkung nach an die querela officiosae donationis anschließen, sollte billig nicht bezweifelt werden, und es kann nur zu falschen Vorstellungen führen, wenn man sie als quasi Calvisianae und quasi

92) S. Bd. XVII. des Comment. §. 1030. S. 81 fg. (Nr. 5.)

93) Francke a. a. O. S. 540 fg.

94) S. hierüber z. B. das Allg. Landrecht für die preuß. Staaten Th. I. Tit. 11. §. 637 fgg. (Simon und v. Strampff in der von ihnen herausgegebenen Zeitschr. für wissenschaftliche Bearbeitung des preuß. Rechts Bd. I. Heft I. Abh. VIII. Nr. 2. S. 87 fgg.) — Code Napoléon art. 1969. 1970. 1973. — Vgl. auch das allgem. bürgerl. Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österr. Monarchie §. 1286.

Favianae actiones bezeichnet [95]. Durch diese Klagen konnte der Patron jede zu seinem Nachtheil vorgenommene und gereichende Veräusserung anfechten, auch wenn in dem Nachlasse mehr zurückblieb, als ihm gebührte, sofern er nicht durch das Testament entschädigt war, oder den auch von dem Werthe der veräusserten Sachen ihm gebührenden Theil durch contra tabulas bonorum possessio erhalten konnte (S. oben S. 38 fg.). Dagegen bei der querela inofficiosae donationis, und also auch bei den ihr nachgebildeten Klagen wird vorausgesetzt, die Veräusserung selbst habe das Vermögen so weit erschöpft, daß nicht einmal der Pflichttheilsbetrag dem Veräussernden geblieben sey. Und so wie dies ganze Recht des Patrons auf der Annahme beruht, er habe gleichsam als socius ein Recht auf allen und jeden Erwerb seines Freigelassenen [96]), so erklärt sich eben hieraus auch vollkommen, daß die zu seinem Besten eingeführten Revocationsklagen nicht den Beschränkungen unterworfen seyn konnten, wie die eigentlichen Inofficiositätsklagen [97]). Da nun, wenn die Notherben onerose Veräusserungen wegen Beeinträchtigung ihres Pflichttheils anfechten, das patronatische Erbrecht unmöglich als Basis angenommen werden kann, weil ihnen ein solches Recht nie zustand, so folgt von selbst, daß sie sich hierbei nur auf die Analogie der querela inofficiosae donationis stützen können, dergleichen Rescissionsklagen mithin in Ansehung ihrer

95) Auch von Glück ist dies geschehen; bei ihm findet sich daher ebenfalls die unrichtige Meinung in Ansehung der Dauer dieser Klagen und ihres Uebergangs auf die Erben (Bd. VII. des Commentars S. 192 — 196.)

96) L. 1. D. *de bonis libertor.* (XXXVIII. 2.)

97) L. 1. §. 26. L. 3. §. 1. D. *si quid in fraudem creditor.*

Dauer und ihres Ueberganges auf die Erben eben so beschränkt sind, wie jene Klage, und wie die Testaments-Querel selbst es ist [98].

Uebrigens wird bei allen Rescissionsklagen, von denen in diesem Paragraphen die Rede war, vorausgesetzt, daß die Verletzung durch Veräusserungen unter Lebenden erfolgt sey. Möglich ist es, daß der volle Pflichttheilsbetrag in dem Nachlasse zurückbleibt, und dennoch die Notherben beeinträchtigt erscheinen. Z. B. Jemand, welcher zwei Söhne und 12,000 im Vermögen hat, verschenkt davon 8000, so daß die Legitima frei bleibt; er setzt aber den einen Sohn auf ²/₃, den andern auf ¹/₃ zu Erben ein. Hier kann die Schenkung nicht angefochten werden, da sie nicht inofficiös ist, sondern der zurückgesetzte Sohn stellt die actio ad supplendam legitimam gegen den Bevorzugten an, so daß nun beide gleichviel von dem Nachlasse erhalten [99]. Oder, er setzt beide Söhne zu gleichen Theilen als Erben ein, beschwert sie aber mit Vermächtnissen. In diesem Falle brauchen die Vermächtnisse gar nicht bezahlt zu werden, da der ganze Nachlaß durch den Pflichttheilsbetrag absorbirt wird, die Legitima aber nicht beschwert werden darf [100]. Dasselbe

98) Vgl. Francke a. a. O. S. 543. 544.

99) Vgl. Glück im 7. Bande des Commentars §. 547. S. 98, 99. und die daselbst angeführten Schriftsteller. Francke Notherbenrecht S. 514 fg. und S. 543.

100) Dies gilt natürlich auch für den Fall, wenn es nur zu einer verhältnißmäßigen Abminderung der Vermächtnisse nach den Grundsätzen der Lex Falcidia kommt; (z. B. wenn von dem Vermögen in dem eben angenommenen Falle die Hälfte weggeschenkt, die andere Hälfte aber mit Vermächtnissen überschwert wäre). Denn weniger als der Betrag der Le-

findet auch statt, wenn das Pflichttheilsrecht durch Schenkungen auf den Todesfall beeinträchtigt ist. Gerade in Beziehung auf einen Fall, wo die Frage entstand: ob diese Schenkungen nach gleichen Grundsätzen, wie Legate, rescindirt werden dürfen, heißt es: legatorum instar obtinent 1). Bekanntlich sind sie auch dem Abzuge der Falcidia unterworfen 2), und ganz in Gemäßheit dieses Prinzips rescribirte denn der Kaiser Alexander Severus 3), daß bei übermäßigen Schenkungen von Todeswegen ebenfalls die Grundsätze der Lex Falcidia zur Anwendung kommen müßten 4). Dieß gilt aber auch in allen Fällen, wo die Schenkung erst durch den Tod des Schenkers convalescirt 5). Wenn daher in der bereits oben

gitima (⅓) darf den Notherben nicht verbleiben. Auf die Streitfrage brauche ich mich übrigens hier nicht einzulassen, ob der Notherbe, außer der Legitima, auch noch die Quarta Falcidia abziehen darf? S. hierüber Bd. VII. des Commentars §. 550. S. 153—156.

1) L. 17. D. *de mortis causa donat.* (XXXIX. 6.) S. auch L. 1. §. 1. D. *si quid in fraud. creditor.* (XXXVIII. 5.) — „mortis causa enim donationes comparantur legatis." — Hasse in dem Rhein. Museum für Jurisprudenz Bd. II. S. 355 fg. (Nr. 13.) — v. Schröter über die mortis causa donatio, in der von Linde, Marezoll und v. Wening-Ingenheim herausgegebenen Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. II. S. 115 fg. (Nr. 9.) Hasse a. a. O. S. 356 fg. Nr. 14.)

2) L. 2. C. *de mortis causa donat.* (VIII. 57.)

3) L. 5. C. *ad Leg. Falcid.* (VI. 50.) — L. 18. *eod.*

4) Die richtige Meinung ist auch schon von Glück ausführlich vertheidigt in dem 7. Bande des Commentars S. 153—156. Francke Notherbenrecht S. 535 fg.

5) L. 32. §. 1. D. *de donat. int. V. et U.* (XXIV. 1.) L. 12.

vorgekommenen L. 2. C. *de inoff. donat.* der arbiter familiae erciscundae angewiesen wird, falls der Vater einem in der Gewalt befindlichen Kinde eine übermäßige Schenkung gemacht habe, dafür zu sorgen, daß die dadurch beeinträchtigten Descendenten ihren Pflichttheil frei behalten, so darf dies keineswegs von einer Anfechtung dieser Schenkung durch die querela inofficiosae donationis verstanden werden; eine Rescissionsklage ist hier ganz überflüssig, da eine solche Schenkung nur in soweit convalescirt, als durch dieselbe der Pflichttheil nicht verletzt ist [6]).

§. 1421. b.

Einsetzung und Enterbung der sui heredes.

Nachdem nunmehr die Lehren vom Pflichttheil und vom Querelrecht vollständig vorgetragen sind, sollen diejenigen Lehren folgen, welche den eigentlichen Gegenstand dieses Titels bilden, wie dies auch schon von Glück beabsichtigt wurde [7]). Was darüber bereits in den früheren Bänden des Commentars vorkommt, wird ebenfalls entweder übergangen, oder doch nur berichtigt und ergänzt werden dürfen.

Eigentliche Notherben (*heredes* necessarii [8]) wa-

Cod. ad Leg. Falcid. (VI. 50.) — Vat. Fr. §. 274. und 281.

6) Vat. Fr. §. 281. — liberalitatem — *salva lege Falcidia probari.*" — Francke a. a. O. S. 534. a. E. u. fg.

7) M. s. was hierüber Bd. XXXV. S. 88 fg. geäußert ist.

8) Den Unterschied zwischen heredes und successores necessarii hat nun auch Glück anerkannt. S. den 35. Bd. des Commentars §. 1420. S. 82 fg. — Vgl. Francke Notherbenrecht §. 1. S. 22. — Es ist aber hierbei auch noch

ren früher nur die sui; nach dem Rechte des prätorischen Edicts wurde aber das Notherbenrecht mit gewissen Modificationen auch auf emancipirte, auf in Adoption gegebene und vor dem Tode des natürlichen Vaters wieder aus der Gewalt entlassene Söhne, so wie auf deren Descendenten bezogen [9]); was hier noch nicht näher zu erörtern ist. Manche wollen nun einen doppelten Begriff des suus heres unterscheiden, einen weiteren oder uneigentlichen und einen engeren oder eigentlichen [10]). Im

daran zu erinnern, daß dieser Ausdruck im römischen Rechte nur von dem gebraucht wird, welcher ipso jure und mit Rechtsnothwendigkeit Erbe ist, so wie voluntarius oder extraneus heres von dem, welcher erst durch irgend einen Willensakt die Erbschaft erwerben muß, aber auch nicht nöthig hat, Erbe zu werden. S. Gaji instit. II. §. 152. 153. Pr. und §. 1. J. *de heredum qualitate et differentia.* L. 3. §. 3. de heredib. inst. (XXVIII. 5.) L. 12. D. *de instit.* (XXVIII. 7.) L. 15. L. 16. L. 20. §. 1. et 2. D. *de aequ. vel om. hered.* (XXIX. 2.) L. 13. D. *de opt. leg.* (XXXIII. 5.) L. 10. §. 10. D. *quae in fraud. cred.* (XLII. 8.) Die Neueren dagegen unterscheiden einen doppelten Begriff von nothwendigen und willkührlichen Erben: 1) in Beziehung auf die Erwerbung des Erbrechts, wobey der römische Begriff zu Grunde liegt; 2) in Beziehung auf das Recht zu erben, wo dann necessarius heres so viel als Notherbe, d. h. ein solcher ist, welcher entweder zum Erben eingesetzt, oder auf förmliche Weise von der Erbschaft ausgeschlossen werden muß. (S. Weber zu Höpfners Commentar §. 473. a. not.) In diesem Sinne wird hier allemal der Ausdruck genommen, wenn nicht auf den römischen Begriff besonders hingewiesen ist.

9) §. 3. 4. J. de *exheredat. liberor.* L. 1. §. 6. L. 14. §. 1. D. *de bonor. poss. contra tabb.* (XXXVII. 4.) L. 4. D. *de conj. cum emancipato liberis.* (XXXVII. 8.)

10) J. B. von Löhr im Archiv für civilist. Praxis. Bd. II.

weiteren Sinn sollen Alle so genannt worden seyn, welche als Descendenten in des Erblassers Gewalt stehen, mögen sie Notherbenrechte haben, oder nicht. Allein die Stellen, auf welche man sich hiefür beruft, beweisen dies nicht. Zwar hat es seine Richtigkeit, daß ein Enkel die großväterliche Verlassenschaft ipso jure und als suus heres erwirbt, wenn sein rechtmäßig enterbter, oder giltig unter einer Bedingung eingesetzter Vater zwar beim Tode des Testirers noch am Leben war, aber stirbt, ehe die Bedingung erfüllt ist, oder bevor der eingesetzte Erbe die Erbschaft erworben hat, und dieser Erwerb nun aus irgend einem Grunde überall nicht erfolgt [11]). Allein darin liegt eine quasi agnatio postumi, [12]) deren Eintritt hier freilich davon

Abh. XIV. S. 198 fgg. (Nr. 9.). Friedr. Adolph Schilling Bemerkungen über römische Rechtsgeschichte. Francke Notherbenrecht §. 2. S. 13. Gegen diesen weitern oder uneigentlichen Begriff von sui heredes hat sich in neuerer Zeit wieder erklärt *Fr. Leonh. Ant. L. B. de* Lassberg comment. exhibens observationes ad jus sui heredis praesertim ratione nepotis (Jen. 1821. 4.) §. 18 seqqu.; mit dessen Gründen ich übrigens nicht durchgängig übereinstimmen kann.

11) L. 1. §. 8. D. *de suis et legit. heredib.* (XXXVIII. 16.). §. 7. 8. J. *de heredit. quae ab intest. defer.* L. 7. D. *si tabb. test. nullae exstab.* (XXXVIII. 6.). (S. unten Note 57.).

12) S. unten Nr. C. — Schilling beruft sich auch für seinen s. g. weitern oder uneigentlichen Begriff von suus heres auf Ulpian Fr. Tit. 22. §. 14., wo die „nurus, quae in manu est filii, quem in potestate habemus" unter den sui heredes aufgezählt wird. Indessen

abhängt, daß der Testamentserbe die Erbschaft nicht erwirbt, wodurch also auch das großväterliche Testament nicht vernichtet werden kann, da dem Enkel ja jetzt von selbst die Intestaterbfolge eröffnet ist [12 a]). Und wenn überdies nicht geläugnet werden kann, daß der Großvater durch testamentarische Einsetzung des seiner Gewalt unterworfenen Enkels von einem ebenfalls noch in seiner Gewalt stehenden Sohne den ersteren zum necessarius heres im passiven Sinne machen, d. h. bewirken kann, daß er ipso jure, oder ohne Vermittelung einer Antretungshandlung die Erbschaft erwirbt [13]); so wird ein solcher Enkel doch

will man diese Stelle durchaus buchstäblich verstehen, so müßte Ulpian auch gesagt haben, daß alle Kinder in der Gewalt Notherbenrechte hätten. („Sui heredes instituendi sunt, vel exheredandi. Sui autem heredes sunt liberi „quos in potestate habemus" u. s. w.); und das wollen wir ihm doch nicht Schuld geben. Die Schwieger-Tochter in der manus des Sohns ist aber allerdings als sua heres für den Fall ihres Einrückens als quasi-postuma eben so gut zu berücksichtigen, als der Enkel von dem noch lebenden und gleichfalls der Gewalt unterworfenen Sohne. Daran dachte Ulpian sicher nur.

12 a) L. 6. pr. D. *de inj., rupto et irrito facto test.* — Foerster de bonor. poss. liberor. praeteritor. Part. I. p. 37. not. 28. u. p. 97 squ.

13) Vgl. L. 6. §. 5. 6. D. *de acqu. vel omitt. her.* (XXIX. 2.) — Uebrigens wird auch dies von Laßberg a. a. O. §. 20 — 25. geläugnet. Es ist wahr, daß der Ausdruck necessarius heres etc. zunächst auf den enterbten Sohn selbst in der angef. Stelle zu beziehen ist; nämlich dieser erwirbt durch seinen Sohn (den eingesetzten Enkel) in dem Moment, wo der Testirer stirbt und der Enkel also seines Vaters Gewalt unterworfen wird, die väterliche Erbschaft ipso jure, wird mithin dadurch necessarius heres, d. h.

nirgends *suus heres* seines Großvaters genannt; daß man diesen Ausdruck aber nicht mit dem necessarius heres im Sinne des römischen Rechts für gleichbedeutend halten darf, ist nicht zu bezweifeln. Ich bleibe also bei dem gewöhnlichen Begriffe, wonach unter sui heredes nur die unmittelbar als Descendenten der Gewalt des Erblassers bei dessen Tode unterworfenen Personen, so wie die diesen gleichgestellten Postumen verstanden werden können[14]. An diesen Begriff knüpfen die römischen Juristen

Erbe ohne einen besondern Erwerbsact. Allein daß dies überhaupt möglich sey, — daß also der Enkel selbst sine aditione (wie es in der Stelle heißt) die Erbschaft erwerben und somit ipso jure in das Vermögen seines Vaters (dem nach dem Pandektenrecht bekanntlich der ganze Erwerb seiner Hauskinder gehörte) dringen könne, wurde doch eben nur dadurch bewirkt, daß der Enkel durch das großväterliche Testament die Eigenschaft eines necessarius heres erhielt. Dies bestätigt auch deutlich genug der angeführte §. 6. dieser Stelle, wo es heißt: diese Wirkung trete nicht ein, wenn der Testirer den zum Erben einsetze, den sein enterbter Sohn (nämlich nach dem Tode seines Vaters aber vor der Erbschaftsantretung) adoptire: „Nam per eum quis existere necessarius non potest, qui ipse non esset exstiturus." Also nur dadurch, daß der eingesetzte Enkel selber des Testirers Gewalt unterworfen war, wurde für ihn der Erwerb ipso jure möglich. Laßbergs Idee, daß hierbei an eine exheredatio bona mente gedacht werden müsse, und der Testirer eigentlich beabsichtigt habe, daß statt des Sohnes der Enkel für denselben erwerbe (§. 25.), zerfällt schon dadurch in sich selbst, daß es ja ganz zwecklos seyn würde, Jemanden auf eine Art bona mente zu enterben, wodurch dennoch das Vermögen sofort nach des Testirers Tode der Verfügung des Enterbten unterworfen wird.

14) Gaji instit. II. §. 156. §. 2. J. *de hered. qual. et dif-*

die Vorstellung eines Rechts zu erben (also den Begriff des Notherbenrechts); ja sie erklären die Benennung des suus heres geradezu daraus, daß ein solcher gewissermaßen ein, beim Leben des Erblassers ihm schon zustehendes, Recht nur fortsetze. So sagt Gajus: „Sed *sui* quidem *heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt*, et *vivo* quoque *parente quodammodo domini existimantur* [15]); und noch ausführlicher Paulus (Lib. II. ad Sabinum): In suis heredibus evidentius apparet, *continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur.* Unde etiam filiusfamilias appellatur sicut paterfamilias — — — Itaque *post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur.* Hac ex causa, licet non sint heredes instituti, tamen domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat" [16]). — Die hierauf gegründete und früher sehr verbreitete Idee neuerer Juristen [17]), es sey in der That das Notherben- und das unmittelbare Erwerbs-Recht der sui heredes aus einem Miteigenthume

fer. — Glück im 6. Bde. des Commentars §. 536. S. 531.

15) Gaji inst. II. §. 157. — Uebereinstimmend ist §. 2. J. *de hered. qual. et diff.*

16) L. 11. D. *h. t.*

17) S. z. B. Galvanus de usufructu dissertat. var. Cap. VIII. Nr. XII. Vinnius ad §. 2. Inst. *de hered. qual. et differ.* Nr. 3. *v. de* Poll de exhered. et praeter. cap. V. et VI.

derselben an dem Vermögen des noch lebenden Vaters zu erklären, wird jetzt wohl allgemein, und mit Recht, verworfen [18]). Jene Ableitung der römischen Juristen ist nichts wie eine Hypothese, die dem bereits vorhandenen Begriff des suus heres hinzugefügt wurde, um dem förmlichen Enterbungs-Systeme eine juristische Grundlage zu geben [19]). Suus heres ist nicht der gleichsam sich selbst Beerbende (αὐτοκληρόνομος, wie ihn wohl Cujacius zuerst genannt hat [20]), sondern der dem Erblasser zunächst stehende, ihm angehörige, der natürliche Erbe, welcher daher auch durch seine blosse Existenz, und nicht wie jeder andere (außer einem Sklaven) erst durch eine besondere Handlung Erbe wird [21]). Diese Erklärung, welche sich im wesentlichen ebenfalls schon bei den römischen Juristen findet [22]), schließt denn allerdings auch den Begriff eines necessarius heres, als eines solchen, der

18) S. Glück Intestaterbfolge 2. Aufl. S. 180 fg. Lassberg in der angef. Dissert. §. 5. — Vgl. auch Ludw. Friedr. Griesinger Geschichte und neue Theorie der Suität (Stuttg. 1807) §. 8. S. 33 fg.

19) Vgl. Dirksen Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung der Zwölf-Tafelgesetze S. 353. a. E. fg. — Francke a. a. O. S. 17. 18.

20) S. Cramer in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft von Savigny u. s. w. Bd. I. Abh. XII. S. 300 fg. — Uebrigens bemüht sich noch Laßberg, zu zeigen, daß auch die Griechen unter dem αὐτοκληρονομος nur den verstanden hätten, welcher ipso jure Erbe werde (a. a. O. §. 3. p. 17 squ. Nr. 3.).

21) S. *Ant.* Schulting Jurisprudentia vetus ante — Justinianea p. 106. Note 51.

22) L. 7. pr. D. *de bonis damnator.* (XLVIII. 20.); welche gleichfalls von Paulus ist.

der selbst wider seinen Willen Erbe wird, gewissermaßen schon in sich, ohne daß man indessen darum den Ausdruck suus heres auf die Hörigkeit eines filius familias; oder darauf beziehen darf, daß ein solcher, gleich einer Sache, der Gewalt eines Familienvaters unterworfen war[23]. Denn warum sollte man alsdann den Ausdruck nicht auch von Sklaven gebraucht haben, die doch ebenfalls necessarii heredes waren[24]? Auch steht jener Ausdruck nie allein, wenn von der Verbindlichkeit des suus heres, Erbe zu werden, die Rede ist, sondern es wird diese Verbindlichkeit alsdann durch einen Zusatz näher bestimmt, namentlich durch den Ausdruck suus et necessarius[25].

23) Dies geschieht von Hugo Geschichte des römischen Rechts, eilfte Aufl. S. 166, dem hier Schweppe folgt, in der röm. Rechtsgeschichte §. 57 a. S. 166. der 3. Aufl. von C. A. Gründler.

24) Gaii inst. II. §. 153 — 155. pr. §. 1. I. *de hered. qual. et differ.* L. 18. pr. L. ult. §. 9. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.)

25) Gewöhnlich werden die sui genannt sui et necessarii, die Sklaven schlechthin necessarii (heredes), und diese Bedeutung hat ohne Zweifel der Ausdruck bei Gajus, da, wo er von der Zulässigkeit der alten usucapio pro herede, gegen den necessarius heres spricht. (Inst. II. §. 58.) Vgl. L. 2. C. *de usuc. pro her.* (VII. 29.) Ed. Gans Scholien zum Gajus S. 260. — Theophilus äussert sich sogar so hierüber, als ob der Ausdruck necessarius nur für Sklaven gebraucht worden sey, die sui dagegen stets *sui necessarii* genannt worden seyen. (Paraphr. Inst. ad Tit. *de hered. qual. et differ.* (Pr. §. 1. u. §. 2.). Indessen heissen auch die sui ein und das andere Mal schlechthin: necessarii; so z. B. L. 20. §. 4. D. *de acquir. vel omitt. her.*

Eine Bestätigung des obigen Satzes nun, daß suus heres nicht einen Menschen bedeutet, der bereits beim Leben des Erblassers ein Recht an dem Vermögen hat, und darum nicht willkührlich ausgeschlossen werden darf, liegt auch darin, daß von dem *Suus* schon im Zwölftafel-Gesetz gesprochen wird[26]). Es ist aber wenigstens im hohen Grade wahrscheinlich, daß die XII Tafeln ein Notherbenrecht überall noch nicht kennen; das in diesem Gesetzbuche anerkannte freie Verfügungsrecht eines Testirers[27]) läßt sich damit nicht vereinigen, ohne zu den willkührlichsten Voraussetzungen seine Zuflucht zu nehmen[28]). Auch findet sich ein sehr bestimmtes Zeugniß

26) *Ulpiani* Fragm. Tit. XXVI. §. 1. (S. unten Note 28. und vergl. Dirksen's Werk über die Zwölftafelgesetze Cap. 11. S. 343—346).

27) *Ulpiani* Fragm. Tit. XI. §. 14. L. 120. D. *de verb. sign.* — S. auch Cicero de orat. I. c. 57. in f. (S. unten Note 28. und Dirksen a. a. O. S. 320—324). Vgl. Bd. XXXIV. des Commentars §. 1407. a. Note 100.

28) So meint z. B. Galvanus (de usufr. cap. VIII. Nr. XIII. fg.): weil das Zwölftafelgesetz sage: Si intestato moritur, cui suus heres nec sit, adgnatus proximus familiam habeto (nach Gothofredus und Dirksen in der fünften Tafel), so könne das: uti legassit — suae rei, ita jus esto (ebendas.) auch nur von dem Falle verstanden werden, wenn keine sui heredes vorhanden seyen. Es ist wahr, daß das Gesetz die Suos nicht eigentlich zur Erbschaft ruft, sondern stillschweigend voraussetzt, daß sie Erben seyn werden (Dirksen a. a. O. S. 353 fg.); es ist auch selbst nicht unwahrscheinlich, daß diese Form der Verfügung durch das unmittelbare Erwerbsrecht derselben veranlaßt sey; allein das Gesetz spricht ja ausdrücklich nur von der Intestaterbfolge, und was darüber hier gesagt wird, kann unmöglich das in einer andern Vorschrift anerkannte freie Verfügungs-

dafür in unseren Rechtsquellen, daß diese Verfügungsfreyheit erst später eingeschränkt sey: L. 120. D. *de Verb. Signif.* (*Pompon.* Lib. V. ad *Qu. Mucian.*) „Verbis legis duodecim tabularum his: uti legassit suae rei, ita jus esto, latissima potestas tributa videtur, *et heredes instituendi*, et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi: sed id interpretatione coangustatum est vel legum, vel auctoritate jura constituentium[29]." Es ist gewiß schwer

recht der Testirer einschränken sollen. Auch leiten die juristischen Klassiker und andere Rechtsquellen, welche nicht die Gesetzesworte selbst, sondern nur den Inhalt der gesetzlichen Disposition referiren, das Intestaterbrecht der sui heredes und das der Agnaten aus gleicher Quelle ab. S. §. 1. J. *de hered. quae ab int.* — Collat. Legg. mosaic. et Rom. Tit. XVI. §. 2. 3.; so sagt namentlich Paulus in der letztern Stelle: „Intestatorum hereditas *Lege XII. tabularum* primum *suis heredibus*, deinde agnatis — — deferebatur." Vollends unbestimmt, oder vielmehr nichts sagend, wird das *uti legassit* u. s. w. nach der Erklärung von [illegible] (de lege Jun. Vellej. §. VII.; opusc. Vol. I. p. 266 sqq.). Er meint, das freie Verfügungsrecht der Testirer sey ja auch überall nicht eingeschränkt, wenn es ihnen frei gestanden habe, ihre Kinder einzusetzen oder zu enterben. — Etwas anders drückt dieselbe Meinung aus *C. G.* Tittmann (Pr. *Chr.* Rau) de postumis heredib. instit. vel exhered. Sp. I. (Lips. 1790.) p. 30 sqq. Der Testirer habe zwar verfügen können, wie er gewollt, aber ein bloßes Stillschweigen sey keine Verfügung; wenigstens habe er also doch seine suos heredes enterben müssen. S. überhaupt noch *Ant.* Schulting in Jurisprudentia antejustin. p. 638. Note 39. und vgl. Galesinger Gesch. der Suität. S. 63 fg. Note 1.

29) „Sed id vel auctoritate legum coangustatum est, vel interpretatione jura constituentium," heißt es in der

zu sagen, welche Einschränkungen in Beziehung auf die latissima potestas *heredis instituendi* hier gemeint seyn könnten, wenn man diese Aeußerung nicht auf das später erst eingeführte Notherbenrecht beziehen will [30].

Wann übrigens diese Aenderung eingetreten sey, läßt sich mit Bestimmtheit nicht ermitteln. Daß ein Notherbenrecht der sui heredes im Ganzen schon zur Zeit Cicero's anerkannt wurde, darf man aber wohl annehmen, eines Theils, weil das prätorische Edict, welches eine Erweiterung desselben enthielt, damals schon existirte [31], anderen Theils aber machen dies verschiedene

Note des Russardus. Andere Verbesserungen sind von Cramer in dessen Ausg. des Titels de verb. sign. (Kil. 1811) angeführt. — Cod. Merseb. hat bei der gewöhnlichen Wortstellung die ganz sinnlose Lesart *auctoritatem*.

30) Galvanus (l. l. cap. IX.) glaubt zwar, daß man als den Hauptzweck der gesetzlichen Disposition die Ausschließung des filiusfamilias von der s. g. aktiven Testamentifaktion anzusehen habe, und die von Pomponius gedachten Erweiterungen sich auf die später einem Haussohne gestattete Befugniß, über sein peculium castrense und quasi castrense zu testiren, beziehen. Zur Widerlegung dieser Idee wird indessen die Bemerkung genügen, daß das Wort *paterfamilias* (vor *uti legassit*) gar nicht im Gesetze vorkam, wie Galvanus freilich mit den meisten seiner Zeitgenossen annimmt, wovon aber jetzt wohl das Gegentheil als völlig erwiesen gelten kann. S. Bd. XXXIV. des Commentars §. 1407. a. S. 98 fgg.

31) Dies darf sicher angenommen werden, wie man auch über den ursprünglichen Zweck der contra tabulas bonorum possessio denken mag, da Cicero an mehreren Orten (Or. in Verrem I. c. 44. 45. Top. c. 4.) der secundum tabulas b. p., die doch wohl nicht älter ist als die contra tabulas b. p. (Gajus II. §. 119. Hugo Rechtsgeschichte

bei Cicero vorkommende Rechtsfälle wenigstens wahrscheinlich. So namentlich der in der Schrift de Oratore (I. 38.) erzählte. Ein Vater hatte auf die falsche Nachricht, daß sein bei der Armee befindlicher Sohn gestorben sey, ein neues Testament errichtet und darin einen Dritten zum Erben eingesetzt: „Res delata est ad centumviros, cum miles domum revenisset, egissetque lege in hereditatem exheres filius. *Nempe in ea causa quaesitum est de jure civili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem, neque exheredem scripsisset nominatim*"[32]? Daß der Zweifel hier den Grundsatz betroffen habe, geht aus dieser Relation keineswegs hervor, sondern nur darüber scheint gestritten worden zu seyn: ob nicht die besondern Umstände des Falles die Anwendung des strengen jus civile anschlößen[33]. Hiernach wäre denn also die (verneinend entschiedene[34]) Frage gewesen: gilt das Testament, obgleich der Sohn weder namentlich eingesetzt noch enterbt ist? Daß dieß eigentlich geschehen mußte, wurde dabei wohl schon stillschweigend vorausgesetzt. — Indessen mag das jus in thesi zu der Zeit immer noch nicht ganz fest gestanden, oder doch

S. 581. d. eilften Aufl.), als eines vollkommen ausgebildeten Instituts erwähnt. — S. auch Förster de bonorum possessione liberor. praeteritor. contra tabulas parentum, p. 25.

32) S. Schilling's Bemerkungen über Rechtsgesch. S. 183 fg.

33) Wie dies ja in ähnlichen Fällen später die Kaiser annahmen. Vgl. Bd. XXXV. des Comment. §. 1421. e. S. 380—387.

34) *Valer.* Maximus memorabil. Lib. VII. c. VII. Nr. 1. — Bd. XXXV. des Commentars §. 1421. a. S. 144. Note 100. §. 1421. e. S. 386. Note 95.

wenigstens darüber noch ein Zweifel statt gefunden haben: ob Einsetzung oder namentliche Enterbung eines Hauskindes zur Giltigkeit des Testaments erforderlich sey[35]. — Eine andere hieher gehörige Aeußerung findet sich in dem sieben und funfzigsten Kapitel desselben Buchs der Schrift *de Oratone*: „Num quis eo testamento, quod paterfamilias ante fecit, quam filius ei natus est, hereditatem petit? *nemo, quia constat agnascendo rumpi testamentum.*" Daß mithin ein postumus durch sein Erscheinen das Testament von selbst aufhob, und dies damals bereits so fest stand, daß es einem Testamentserben nicht einmal in den Sinn kommen konnte, ein solches Testament für sich geltend zu machen, ergiebt sich hieraus mit völliger Gewißheit[36]. Uebrigens ist mit großer Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß nachgeborne und verschollene Kinder die erste Veranlassung zur Einführung eines Notherbenrechts wurden. Wie leicht konnte ein Vater durch Unwissenheit oder Irrthum in Ansehung der Existenz solcher Kinder veranlaßt worden seyn, ihrer im Testamente nicht zu gedenken. Das Centumviralgericht glaubte daher auch nur im Sinne des Testirers zu verfahren, wenn es ihnen die väterliche Erbschaft zusprach. Eine Erklärung hierüber im Testamente war das einfachste und sicherste Mittel, Jeden zu überzeugen, daß der Testirer mit Vorbedacht gehandelt habe. Um also seinen letzten Willen gegen Anfechtung zu sichern, gewöhnte man sich daran in den Testamenten auf nach-

35) Vgl. Bluntschli Erbfolge gegen den letzten Willen, S. 19fg.

36) S. auch Cic. orat. pro Caecina cap. 25. — „Hoc non potest: cui filius agnatus sit, ejus testamentum non esse ruptum."

geborne und abwesende Kinder Rücksicht zu nehmen, — sie einzusetzen, oder auszuschließen. So erwuchs hieraus allmählig eine Verbindlichkeit, welche sich denn freilich nicht auf Postumen und todt geglaubte Kinder beschränken konnte [37]. — Daß dies der Entwickelungsgang des Notherbenrechts gewesen sey, wird dadurch bedeutend unterstützt, daß früher auch selbst Söhne nur inter ceteros enterbt werden durften [38], also eine allgemeine Erwähnung derselben genügte, weil sich hieraus allenfalls schon die Ueberzeugung entnehmen ließ, der Testirer sey nicht durch Irrthum und Vergessenheit veranlaßt worden, seine Kinder von der Erbschaft auszuschließen [39]. Und als das Notherbenrecht schon vollkommen ausgebildet da stand, und nur Soldaten daran nicht gebunden waren, galt doch die stillschweigende Uebergehung eines Kindes selbst in dem Testamente eines Soldaten nicht, wenn der Vater dessen Existenz nicht gekannt hatte, und daher rumpirte auch ein nach seinem Tode erst gebornes Kind das Testament, wenn er über die Schwangerschaft seiner Frau in Unwissenheit gewesen war; gegen eine solche blos zufällige

37) A. Schulting ad Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 14. not. 39. und *ejusd.* Diss. de testamentis rescissis, in comment. acad. Vol. I. p. 275. — Foerster l. l. p. 25. in f., p. 26.

38) L. 4. pr. C. *de liber. praeter.* (VI. 28.) — „Scimus etenim, antea simili modo et *filium*, et filiam, et alios omnes *inter ceteros exheredatos scribere esse concessum.*"

39) Freilich konnte dieser Schluß auch wohl trügen: um hierin also sicher zu gehen, erforderte man später, daß die inter ceteros Enterbten durch ein, wenn auch nur kleines Legat bedacht würden. *Ulpiani* Fragm. Tit. XXII. §. 21. 22.

Präterition mußte das Kind und der Testirer selbst geschützt werden [40].

Wenden wir uns jetzt zu den einzelnen Arten der sui heredes. — Die Römer unterscheiden hier die eigentlichen sui, d. h. Descendenten, die der Gewalt des Erblassers unmittelbar unterworfen sind, — gleichviel übrigens, ob leibliche oder Adoptiv-Kinder, — ob Kinder ersten Grades, oder Enkel, Urenkel u. s. w. [41] — von denen, qui liberorum s. suorum loco sunt, von welchen es auch heißt: quasi sui sunt [42]; dies waren die Ehefrau in manu mariti, welche als dessen Haustochter, mithin als agnatische Schwester ihrer Kinder betrachtet wurde, — und die in der manus eines filiusfamilias befindliche Schwiegertochter, die hier als Enkelin ihres Schwiegervaters galt [43]. Sodann werden den zur Zeit des Testa-

40) L. 33. §. 2. L. 36. §. 2. D. *de test. milit.* (XXIX. 1.) L. 9. L. 10. C. *eod.* (VI. 21.)

41) *Gaji* inst. II. §. 156. III. §. 2. — §. 2. J. *de hered. qual. et differ.* §. 2. J. *de hered. quae ab int.*

42) *Gaji* inst. II. §. 139. in f. und §. 159. — §. 3. J. *de SCto Tertull.* — Dirksen Beiträge zur Kunde des römischen Rechts (Leipzig 1825) S. 249. Note 5. a. — Freilich paßte der ursprüngliche Begriff von Quasi-Suis zu Justinians Zeit nicht mehr; daher muß man die im §. 3. J. *de SCto Tertull.* gedachten Personen „qui suorum loco sunt" auf diejenigen beziehen, von denen Ulpian Fragm. Tit. XXVI. §. 8. sagt: *inter suos heredes ad bonorum possessionem* a Praetore vocantur. — *Ed.* Schrader in der von ihm veranstalteten Ausgabe der Institutionen (Berol. 1832. 4.) ad §. cit.

43) *Gaji* inst. II. §. 139. („Idem juris est, si cui post factum testamentum uxor in manum conveniat, *vel quae in manu fuit*, nubat; nam eo modo filiae loco esse in-

ments schon vorhandenen sui heredes die postumi sui entgegen gesetzt, d. h. diejenigen, welche erst nach errichtetem Testamente in die unmittelbare Gewalt des Testirers kommen, oder gekommen seyn würden, falls derselbe noch am Leben wäre 44). Auch hier unterschied man wie

cipit, et quasi sua est." Die Worte: *quae in manu fuit, nubat*, sind von einem Falle zu verstehen, wo eine in manum conventio ohne Ehe vorausgegangen war, und hinterher erst die Ehe erfolgte. Jene — die Eingehung einer Scheinehe — erfolgte bisweilen gewisser, hier nicht näher zu erörternder Zwecke halber, — worüber nachzusehen ist *Gajus* inst. I. §. 114 sqq. — hatte aber dann nicht die Wirkung, daß die Frau sua heres ihres Mannes wurde. S. Foerster l. l. p. 99 squ. *Gaji* inst. II. §. 159. III. §. 3. *Ulpiani* Fragm. Tit. XXII. §. 14. — Vgl. *A.* Gellii noct. atticae Lib. XVIII. cap. 6.

44) *Gaji* inst. III. §. 4. (§. 2. in f. J. *de hered. quae ab int.*) *Ulpiani* Fragm. XXII. §. 15. L. 3. §. 1. D. *de injusto etc. test.* (XXVIII. 3.) L. 13. *eod.* L. 8. D. *de test. milit.* (XXIX. 1.) L. 29. D. *h. t.* — Bekanntlich leiten die Alten den Namen postumus davon ab, daß ursprünglich darunter ein nach des Vaters Tode gebornes Kind verstanden worden sey (Gellius noct. att. Lib. II. c. 16. Brisson de V. S. *h. v.* pr. Schulting in Jurisprudentia ante-Justinianea p. 99. Note 16.), und daher ist denn die Ableitung bei Isidorus (orig. Lib. IX. c. v.; in auctt. lat. Arg. p. 1055.) entstanden: „Postumus vocatur eo, quod *post humationem* (nach der Beerdigung) geboren wird. Andere finden in dem Worte nur den Superlativ von posterus, also = postremus, (Cujacii observat. Lib. III. cap. 4. Finestres de postum. hered. inst. c. 1. §. 4 — 7. in prael. Cervariens. p. 167 — 170. Schweppe Rechtsgesch. §. 372. Note 7.), wofür man sich allenfalls auch auf L. 3. §. 3. D. *de inj. etc. test.* berufen könnte, falls die Florentinische Lesart („aliam causam

der die eigentlichen postumi von denjenigen welche, postumorum loco sind, oder „jura suorum heredum quasi esse filiorum superstitum, aliam *posteriorum*") für richtig gehalten werden dürfte. Doch ist dies schwerlich der Fall (s. die Marginal-Bemerkung von *A.* Contius in seiner Ausg. des corp. jur. zu dieser Stelle), und überhaupt s. m., was Hugo gegen diese Ableitung erinnert in der eilften Ausg. s. Rechtsgeschichte S. 249. Z. 21 fgg. — Uebrigens fehlt es an einem dem Begriffe entsprechenden deutschen Ausdrucke. Der Name Nachkinder, welcher in der deutschen Uebersetzung des corpus juris vorkommt, ist an sich gut gewählt; doch pflegen wir an weniger dabei zu denken, als was in dem fremden Worte, welches nun einmal eine technische und weit umfassende Bedeutung angenommen hat, liegt. Bluntschli gebraucht das Wort Afterkinder, wofür er sich auf Jac. Grimms deutsche Grammatik, zweiten Theil S. 710. beruft. Die Annahme dieses Worts hat aber wohl mehr als einen Grund wider sich, und daß es im Neuhochdeutschen gebräuchlich sey, wie Grimm allerdings anzudeuten scheint, kann schwerlich zugegeben werden. — Es muß aber auch noch daran erinnert werden, daß der suus postumus, wovon hier die Rede ist, dem alienus entgegen gesetzt wird, d. h. dem, welcher nicht in einer solchen Beziehung zu dem Erblasser gedacht wird, daß er unmittelbar dessen Gewalt unterworfen sey, mag er ihm übrigens auch noch so nahe verbunden seyn." §. 26. Inst. *de legat.* (Ueber die Abtheilung der Worte: „qui natus, inter suos heredes futurus non est" siehe Theophili Paraphr. ad h. l.; *Ant.* Merendae controv. jur. civil. Lib. XV. c. 1. §. 8. Schrader in not. ad h. l. Es ist daher wenigstens nicht genau ausgedrückt, wenn Alexander (bei Schulting in den Noten zu Gaji epitome inst. p. 98. not. 15.) sagt: „inepta est ebrum opinio, qui ajunt, alienum esse postumum, qui ex filio in potestate nascitur; *is enim suus est*"). Dies ist blos alsdann der Fall, wenn er zur Zeit des deferirten

agnatione nanciscuntur" [45]). Eigentliche postumi sind Descendenten, welche das jus sui heredis unmittelbar durch ihre Geburt erlangen, nämlich Kinder und Enkel,

Erbrechts in des ihm vorgehenden Ascendenten Stelle eingerückt ist; sonst ist er immer als alienus anzusehen. L. 4. §. 1. D. *de bon. possess. contra tabulas* (XXXVII. 4.). S. auch Bachov ad §. 25. Inst. *de legat.* Nr. 1. Vinnius ebendas. Nr. 2.). — Einige nennen die Postumen, welche zwar zur Zeit der Testamentserrichtung nicht als sui betrachtet werden, wohl aber später Suitätsrechte durch Einrücken an die Stelle eines ihnen Vorgehenden erhalten können (z. B. die Enkel von einem lebenden und der Gewalt unterworfenen Sohn): *mixti postumi*. M. s. hierüber Tilling in der gleich nachher anzuführenden Schrift Sp. I. p. 14. — Ueberhaupt s. m. (ausser den unten bei der L. *Gallus* 29. D. *h. t.*) besonders anzuführenden Schriften) über die Postumen, deren Einsetzung und Enterbung: *Luc. v. de* Poll de exheredatione et praeteritione cap. X — XVI. *Jos.* Finestres diatriba de postumis et qui postumorum loco sunt heredibus instituendis vel exheredandis (in *ejusd.* praelectiones Cervarienses p. 165 — 225.). *C. G.* Tilling de postumis heredibus instituendis vel exheredandis. Sp. I. (Lips. 1790. 4.) et II. ibid. 1794. (eine zwar vielfach angeführte, aber nicht eben bedeutende Schrift). Foerster de bonorum possessione etc. Part. I. cap. III. p. 92 — 133. (durch Vollständigkeit und Klarheit ausgezeichnet, wenn er sich gleich auf eine eigentliche Erklärung der L. 29. cit. nicht einläßt. — In der angef. Schrift von Bluntschli handelt hiervon der §. 7, in der von Francke der §. 3.

45) *Gaji* inst. II. §. 133. (L. 13. D. *de inj., rupto, irrito facto testamento.* §. 2. J. *de exhered. liberor.*; *Ulpiani* Fragm. Tit. XXIII. §. 3. — Dirksen Beiträge zur Kunde des röm. Rechts. S. 249. Note 3. a. a. E. — Vgl. auch Foerster l. l. p. 96 squ. not. 6.

wenn die letzteren zu einer Zeit geboren werden, wo ihr Vater entweder bereits gestorben, oder auf andere Weise (etwa durch Emancipation), aber nach bereits eingetretener Schwangerschaft seiner Ehegattin, aus der väterlichen Gewalt herausgegangen ist[46]. Doch wird erfordert, daß ein nachgeborenes Kind bereits beim Leben des Erblassers concipirt[47], auch noch vor Ablauf des zehn-

46) §. 7. J. *quib. mod. jus pat. potest. solvitur.* — Vgl. Gaji inst. §. 135.

47) §. 8. J. *de hered. quae ab int.* (— — „si et conceptus et natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo, desertoque postea avi testamento, suus heres avo non existat, *quia nullo jure cognationis patrem sui patris tetigit*“). L. 1. §. 8. D. *unde cognati.* (XXXVIII. 8.) L. 6. et 7. D. *de suis et legitimis* (XXXVIII. 16.) — „Qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem ejus tanquam suus heres, neque bonorum possessionem tanquam cognatus accipere potest, quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, *qui moriente ejus, de cujus bonis quaeritur, in rerum natura fuerit; vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur.*“ — L. 6. pr. D. *de inj., rupto, irrito test.* (XXVIII. 3.). L. 3. D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.). L. 30. §. 1. C. *de inoff. test.* (III. 28.). — Darauf, ob der Postumus schon zur Zeit der Testamentserrichtung concipirt ist, kommt natürlich nichts an. S. Finestres l. l. §. 13. — Die Frage übrigens: ob die in der angeführten Stelle enthaltene Vorschrift noch anwendbar sey: kann eigentlich gar nicht aufgeworfen werden, wenn von Notherbenrechten eines Postumus die Rede ist, weil er diese überhaupt nie erhalten kann, sobald beim Tode des Testirers ein ihm vorgehender Notherbe vorhanden ist. In Beziehung auf gesetzliches Erbrecht könnte dies allerdings in dem oben (f. Note 11. und den dazu gehörigen Text) er-

ten Monats nach dem Tode seines Vaters zur Welt gekommen sey[48]. — Zu der zweiten Klasse der postumi (den sog. quasi postumis) gehören:

A) Kinder, welche auf künstliche Weise in die Familie gekommen sind. Also die von dem Erblasser nach dem Testamente adoptirten, adrogirten oder legitimirten Kinder[49]. Aber auch die auf diese Weise in die Familie wieder zurück gekommenen Kinder — also die emancipirten oder in Adoption gegebenen, und hinterher wieder adoptirten — wurden nach dem alten Civilrecht als quasi postumi behandelt, d. h. es wurde ein bereits errichtetes Testament des Vaters dadurch aufgehoben. Dafür fehlt es zwar an einem ausdrücklichen Quellenzeugnisse. Allein

wähnten Falle zur Sprache kommen. Allein ihre hauptsächlichste praktische Bedeutung beschränkt sich auf die rechtliche Möglichkeit, postumos alienos einzusetzen, auch solche, die beim Tode des Erblassers noch nicht concipirt sind, z. B. die Kinder eines Mannes, welcher damals vielleicht noch nicht einmal verheirathet war. Davon nun wird unten in dem Titel *de heredib. instit.* §. 1442. gehandelt werden. Inzwischen s. m. meine doctrina Pand. Vol. III. §. 618. not. 2.

48) L. 3. §. 11. D. *de suis et legit. hered.* (XXXVIII. 16.). L. 29. pr. D. *h. t.* L. 4. C. *eod.* (VI. 29.) — S. meine doctrina Pand. Vol. I. §. 205. not. 6.

49) *Gaji* inst. II. §. 138. §. 140. *Ulpiani* Fragm. XXIII. §. 3. — §. 2. J. *quib. mod. infirm. test.* L. 8. D. *de test. mil.* (XXIX. 1.). §. 2. J. *de hered. quae ab int.* — Eine Einschränkung dieses Rechts in Ansehung der Kinder, welche durch die erroris causa probatio Familienrechte erlangt hatten, trägt schon *Gajus* vor, inst. II. §. 142. (Foerster l. l. p. 191 squ. Nr. 6.). Es wird dies weiter unten an seinem Orte wieder zur Sprache kommen.

eines Theils brachte dies die juristische Consequenz mit sich, da die Wiederherstellung der durch die capitis deminutio aufgehobenen Familienrechte nicht geringere Wirkungen haben kann, als die Ertheilung der überall noch nicht statt gehabten; andern Theils galt diese Wirkung sogar für den Sohn, welcher auf Veranlassung seiner Emancipation von dem sog. pater fiduciarius aus dem ersten und zweiten mancipium manumittirt wurde, indem er dadurch wieder in die Gewalt seines natürlichen Vaters zurück kam [50]); doch war schon zur Zeit der juristischen Klassiker die Wirkung dieser quasi agnatio postumi eingeschränkt. Denn die Einsetzung eines Menschen, den der Testirer später adoptirte, wurde aufrecht erhalten [51]), und die sonst giltige Enterbung eines emancipirten oder in Adoption gegebenen Kindes blieb zu recht beständig, auch nachdem dasselbe wieder adoptirt oder von dem Adoptiv-Vater wieder emancipirt war [52]).

B) Auch die Ehegattin und die Schwiegertochter wurden den quasi postumis beigezählt, wenn nämlich

50) *Gaji* Inst. I. §. 132. II. §. 141. *Ulpi* Fragm. XXIII. §. 3. *Paulus* in der collat. Mosaic. et Rom. legum, Tit. XVI. §. 3. verb. *Post mortem patris natus* etc. — Forster, l. l. p. 100. Nr. 4. — Ohne allen Grund beschränkt Glück (Intestaterbfolge S. 193. Nr. V. d. 2. Aufl.) dies auf den Fall, wenn der Sohn nach dem Tode des Vaters aus der ersten und zweiten Mancipation manumittirt wurde.

51) L. 18. D. *de inj. rupt. irr. fact. test.* L. 23. §. 1. D. *h. t.*

52) L. 23. pr. L. 28. §. 1. in f. D. *h. t.* L. 8. §. 10. D. *de bon. poss. contra tabb.* (XXXVII. 4.) — Alle diese Einschränkungen werden unten, am Schluß der Untersuchung über die L. 29. D. *h. t.* genauer erwogen werden.

nach dem Testamente des Mannes oder Schwiegervaters eine Ehe mit manus eingegangen war[53]).

Ferner

C) gehören hieher die Fälle der successio in suorum heredum locum. So oft nämlich ein suus heres vor dem Tode des Erblassers, oder doch ehe noch das Testament in Wirksamkeit getreten ist, wegfällt, tritt an dessen Stelle der durch ihn in derselben Linie Ausgeschlossene; so an die Stelle des Sohnes der Enkel oder die Schwiegertochter[54]). — Hiermit steht nun die bekannte Regel, daß es in dem Ordo suorum keine successio gebe[55]), nicht in Widerspruch. Die Anwendung dieser Regel setzt nämlich den Fall voraus, daß einem suus die Erbschaft deferirt ist und dieser abstinirt; hier kann der auf ihn folgende natürlich nicht als suus eintreten, da es ja bei den suis heredibus überall keine Grade giebt, sondern in jeder Linie immer nur die unmittelbar der väterlichen Gewalt unterworfenen Individuen sui sind[56]). Wer

53) S. die oben Note 43. angeführten Stellen, denen hier noch wieder beizufügen ist *Ulp.* Fragm. XXIII. §. 3.

54) L. 29. pr. §. 1—5. D. *h. t.* — *Gaji* inst. III. §. 6. — Fornrath l. c. §. 36. p. 104 sqq.

55) Diese Regel ist theils in dem allgemeinen Satze enthalten: *in legitimis hereditatibus successio non est.* (Ulp. Fragm. XXVI. §. 5. in f. Pauls sent. rec. IV. Tit. 8. §. 23.), theils wird sie auch wörtlich in den unten (Note 57.) anzuführenden Stellen ausgedrückt, nämlich bei Gelegenheit der Erörterung von Fällen, welche scheinbar eine Abweichung von derselben enthalten.

56) Hierüber ist auch gar kein Streit möglich; ob aber ein Descendent des abstinirenden suus durch die Miterben desselben jure accrescendi ausgeschlossen werde, oder ob er nicht

also zur Zeit der deferirten Erbschaft nicht suus heres ist (oder es gewesen wäre, falls er damals schon existirt hätte), kann es in Beziehung auf diesen Erblasser auch nie werden. Da aber das Suitätsrecht eigentlich erst mit dem Zeitpunkte des deferirten Erbrechts in Wirksamkeit tritt, so giebt es bis dahin auch eine agnatio postumorum, d. h. es kommt nicht darauf an, wer bis zu diesem Zeitpunkt suus heres war, sondern wer es alsdann ist, wenn die Erbschaft deferirt wird, und diese agnatio oder quasi agnatio postumi wird in unsern Rechtsquellen denn auch wohl als ein succedere in suorum locum bezeichnet [57].

nach dem Geiste des neueren Rechts mit diesen an die Stelle seines Vaters ab intestato erbe? ist eine Frage, die nicht von Allen auf gleiche Art beantwortet wird. Die Meisten halten ihn für ausgeschlossen (s. Glück Intestaterbf. §. 150. S. 573 fg. Note 18.); gegen diese Meinung hat sich neuerdings erklärt Francke Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien Abh. VIII. S. 167 fgg., dessen hauptsächlichstes Argument ich zu widerlegen bemüht gewesen bin in der doctrina Pand. Vol. III. §. 631. not. 7. (ed. 3.).

57) §. 7. und 8. J. *de hered. quae ab int.* „Cum autem quaeritur, an quis suus heres existere possit, eo tempore quaerendum est, quo certum est, aliquem sine testamento decessisse, quod accidit et destituto testamento; hac ratione, si filius exheredatus fuerit, et extraneus heres institutus est, et filio mortuo postea certum fuerit, heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres, aut quia non potuit, nepos avo heres existet; quia, quo tempore certum est intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos. — Et licet post mortem avi natus sit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteaque deserto avi testamento suus heres efficitur." —

Endlich

D) liegt auch eine agnatio postumorum darin, daß Enkel durch den Tod ihres Großvaters in die Gewalt ihres Vaters fallen. Zwar konnte der Vater, so lange er selbst der väterlichen Gewalt unterworfen war, nur ein testamentum militare machen, wobei er an die Notherbenrechte nicht gebunden war[58]. Allein das Vorrecht des militairischen Testaments hörte ein Jahr nach der Entlassung aus dem Militair auf[59]; und darum entscheidet Tryphonius die Frage: „Quum militare desiisset (filiusfamilias), patre eodemque avo defuncto, quaesitum est, an rumperetur ejus testamentum“? mit Recht bejahend[60].

L. 1. §. 8. D. *de suis et legit.* (XXXVIII. 16.) — „Sciendum est autem, nepotes, et deinceps interdum, etiam si parentes eos mortis tempore praecesserunt, tamen posse suos heredes existere, *quamvis successio in suis heredibus non sit.* Quod ita procedit“ u. s. w. Hier folgt nämlich das obige Beispiel mit dem hinzugefügten Grunde: „*quoniam nec delata est filio hereditas.*“ Daran schließt sich denn das Beispiel: wenn der Sohn unter einer Potestativ-Bedingung eingesetzt ist und vor der Erfüllung dieser Bedingung stirbt, wonächst dann so fortgefahren wird: „dicendum est, *suos posse succedere*, si modo mortis testatoris tempore vel in rebus humanis vel saltem concepti fuerint; *idque* et *Juliano et Marcello placet.*“ Unbestritten war also die Sache nicht, wie sich dies noch deutlicher aus der L. 7. D. *si tab. test. nullae exstab. unde liberi* (XXXVIII. 6.) ergiebt. — Vgl. Glück Intestaterbfolge §. 55. S. 188.

58) §. 6. Inst. de *exhered. liberor.* L. 7. L. 8. D. *de test. milit.* (XXIX. 1.)

59) L. 21. 26. L. 38. §. 1. D. *de test. milit.*

60) L. 28. §. 1. D. *h. t.* — „Non quidem adoptavit, nec

Ob nun aber schon nach dem Rechte der XII. Tafeln alle obgenannten Personen Suitäts-Rechte gehabt haben? ist sehr bestritten. Griesinger läugnet dies, ja er glaubt, daß der Begriff und das Recht eines suus heres sich ursprünglich auf die beim Tode des Erblassers bereits gebornen Söhne eingeschränkt hätten[61]). Von den dafür angeführten Gründen kommt wohl am wenigsten der in Betracht, daß nur Söhne nominatim enterbt werden durften, bei Enkeln und Töchtern dagegen auch eine exheredatio inter ceteros galt, ja selbst deren Präterition das Testament noch nicht ungültig machte[62]).

hodie ei natus est filius, nec priore subducto de potestate suo herede ulterior successit in proximum locum; sed tamen in potestate sua habere coepit, quem non habebat simulque paterfamilias factus est, et filius sub ejus recidit potestatem; rumpetur ergo testamentum"). Ist er noch Soldat, nachdem er von der väterlichen Gewalt befreit und ihm ein Kind geboren wird, so kommt Alles darauf an, ob er auf irgend eine Art das früher errichtete Testament anerkennt, oder nicht; im letztern Falle wird das Testament durch den Postumus rumpirt. L. 33. D. *de test. milit.* Vgl. L. 7. L. 8. eod. Förster l. l. p. 103 sq. (nr. 7.) Francke Notherbenrecht S. 40. a. E.

61) Der größte Theil seines Buchs: Geschichte und neue Theorie der Suität beschäftigt sich hiemit; namentlich das zweite und dritte Kapitel S. 14 — 255. — Griesingers Theorie hat im wesentlichen auch Glück angenommen, in der zweiten Aufl. seiner Schrift von der Intestaterbfolge S. 156 fg. — Daß wenigstens Töchter nach dem XII. Tafelgesetz kein Suitätsrecht gehabt hätten, sucht in einer besondern (sehr unbedeutenden) Abhandlung zu erweisen: *C. G. de* Winckler in opusc. minorib. p. 378 — 381. (Nr. VII.)

62) *Gaji* inst. II. §. 124. *Ulp.* Fragm. XXII. §. 20 — 22. Pr. Inst. de *exhered. libror.*

Denn dies wird schon aus der untergeordneten Stellung der Töchter in der Familie und aus der größeren Entfernung begreiflich, worin Enkel, im Vergleich gegen Söhne, zu ihren Großvätern stehen. Auch gab es ja andere, lediglich hieraus zu erklärende Verschiedenheiten zwischen Söhnen und zwischen Descendenten weiblichen Geschlechts, oder entfernteren Grades, welche mit den Emtitätsrechten in gar keiner Verbindung stehen [63]). Meine Meinung nun geht dahin, daß schon in der ältesten Zeit alle beim Tode des Erblassers bereits wirklich gebornen und seiner Gewalt als Descendenten unmittelbar unterworfenen Personen männlichen und weiblichen Geschlechtes sui heredes gewesen seyen, auch auf einen Unterschied des Grades dabei nichts angekommen sey, sobald nur der entferntere Descendent durch keine näheren in derselben Linie ausgeschlossen wurde; daß man dagegen auf nachgeborne Kinder damals noch keine Rücksicht genommen habe. — Dafür sollen jetzt kürzlich die Gründe angeführt werden; eine ausführliche Erörterung derselben würde hier um so weniger am Orte seyn, als von einer auf die ältesten Zeiten gerichteten Untersuchung sich bei dem Stande der Quellen kein solches Resultat erwarten läßt, welches der Darstellung des Notherbenrechts zu einer völlig sicheren Grundlage dienen könnte.

1) Nach übereinstimmenden Zeugnissen unserer Rechtsquellen nun hatten Töchter, so gut wie Söhne das durch die XII. Tafeln eingeführte oder anerkannte Intestaterb-

63) Es gehört dahin die Nothwendigkeit eines dreimaligen Verkaufs der Söhne, um sie von der väterlichen Gewalt zu befreien, wogegen bei Enkeln und Töchtern schon ein einmaliger Verkauf genügte. *Gaji* inst. I. §. 132—134. *Ulpiani* Fragm. X. §. 1. — Hugo Rechtsgesch. 11. Ausg. S. 161 fg.

recht. Am bestimmtesten ist dies in Justinians Gesetzen ausgesprochen: L. 14. pr. C. *de legit. hered.* (VI. 58.): „Lege duodecim tabularum bene humano generi prospectum est, quae unam consonantiam tam in maribus, quam in feminis legitimis — — — observandam esse existimavit, nullo discrimine in successionibus habito. — Sed posteritas nimia utitur subtilitate, non piam induxit differentiam, *sicut Julius Paulus in ipso principio libri singularis, quem ad Senatusconsultum Tertullianum fecit, apertissime docuit.*" Und mit Beziehung hierauf heißt es L. 15. pr. *eod.*: „Meminimus antea divinam nos promulgasse constitutionem, per quam ad vestigia legis duodecim tabularum totam progeniem ex legitima sobole descendentem, sive masculinam sive foemininam, legitimo jure hereditatem adipisci sanximus." So bezeugt Justinian auch in dem §. 3. J. *de legit. agnat. succ.*, daß das XII Tafelgesetz alle Agnaten[64]) ohne Unterschied des Geschlechts zur Erb-

64) Daß im weitern Sinne zu den Agnaten auch die sui gehören, ist bekannt. S. L. 10. §. 5. D. de gradib. et affinib. (XXXVIII, 10.) — „Proximiores ex agnatis sui dicuntur." — L. 12. D. *de suis et legitimis.* (XXXVIII. 10.) Doch hat man dies Argument hier nicht einmal nöthig. Denn wenn es in der oben angeführten Institutionen-Stelle heißt: — „lex XII tabularum simili modo omnes agnatos, sive masculos, sive foeminas cujuscunque gradus *ad similitudinem suorum* ad successionem vocabat" — so versteht sich wohl von selbst, daß auch für den Begriff der sui heredes kein Geschlechts-Unterschied bestanden habe. — Theophilus hebt es fast noch bestimmter hervor, daß diese Beschränkung der Intestaterbfolge des weiblichen Geschlechts auf die consanguineas kein Erzeugniß des XII Tafelgesetzes sey.

schaft gerufen habe; erst in der Zeit zwischen jenem Gesetze und der Kaiserregierung sey es aufgekommen, Agnatinnen über den zweiten Grad (ultra consanguineas) von der legitima hereditas auszuschließen[65]. Ob nun

65) Diesen nämlichen Gedanken drückt Paulus Sent. rec. (Lib. IV. Tit. VIII. §. 22.) so aus: „Foeminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur; idque jure civili *Voconiana ratione* videtur effectum (Ueber die abweichenden Lesarten: „jure civili vel *Voconia rogatione*, oder *narratione*" s. *Jac.* Perizonius in dissertationum Triade (Daventr. 1679) diss. II (de Lege Voconia) p. 106. 107. — Die Untersuchungen über die Lex Voconia *de mulierum hereditatibus* (sehe Hugo's Rechtsgesch. 11. Ausg. S. 386 fgg.) gehören zur Lehre von der s. g. passiven Testamentifactio (Tit. V. de hered. inst. §. 1438.). Sie sind überdies für die Frage, womit wir es hier zu thun haben, von keinem Belang; man mag nun annehmen, daß das Voconische Gesetz selbst auch die Intestaterbfolge der Frauen eingeschränkt habe, oder daß die Beschränkung auf consanguineas nach der Analogie der in demselben enthaltenen Bestimmungen über die testamentarische Erbfolge eingeführt worden sey, oder daß Paulus mit den obigen Worten sagen wollte: der nämliche Grundsatz, woraus die Lex Voconia hervorgegangen sey, habe früher schon jene Beschränkung veranlaßt (s. Perizon l. l. p. 108.). Dies erkennt selbst Griesinger an (a. a. O. S. 139. in der Note), welcher doch sonst in seiner langen Diatribe wider das Suitätsrecht der Frauen kein auch noch so entferntes Argument unbenutzt läßt. Der einzige Grund, wodurch die Lex Voconia einen scheinbaren Zusammenhang mit dem frühern Intestaterbfolgerechte erhält, ist der von Hugo (civilist. Mag. Bd. II. S. 110. d. ersten Aufl.) angeführte: „Eine Verordnung, man soll kein Mädchen, man soll selbst seine leibliche Tochter nicht zur Erbin einsetzen, kann wohl nur zu einer Zeit gegeben seyn, wo sich ihre Ausschließung

mit diesem Theile der Justinianischen Relation die Aeußerungen der juristischen Klassiker übereinstimmen? könnte vielleicht bezweifelt werden. Denn Gajus sagt: „Foeminae agnatae, quaecunque consanguineorum gradum excedunt, nihil juris ex lege habent“[66]; und auf ähnliche Weise Ulpian: „ad feminas ultra consanguineorum gradum legitima hereditas non pertinet[67]. Allein aus welcher Quelle dies Recht abzuleiten sey, sagt Ulpian gar nicht, Gajus aber bemerkt an einer anderen Stelle[68]: „quod ad feminas attinet, in hoc jure aliud *placuit*“ u. s. w.; ein Ausdruck, welcher in der Regel auf eine durch interpretatio prudentum und die Praxis bewirkte Rechtsveränderung hinweist[69]. Und so läßt sich auch die sichtlich corrumpirte Stelle in der Mosaicarum et Romanarum legum collatio[70] sehr gut dahin verstehen, daß die consanguinei

von der Intestaterbfolge ohnehin von selbst verstand.“ Doch hat Hugo seine darauf gestützte Meinung, daß eine solche Ausschließung im ältesten Recht statt gefunden habe, jetzt lange aufgegeben, und Hasse ausserdem überzeugend nachgewiesen, daß sich mit dem Zwecke des römischen Gesetzes eine unbeschränkte Intestaterbfolge der Frauen sehr wohl vertrage, wenn gleich das Gesetz auch die Erbeinsetzung der wirklichen und in der Gewalt des Vaters stehenden Tochter einem reichen Vater verbiete: im Rheinischen Museum für Jurisprudenz Bd. III. S. 185 fgg.

66) *Gaji* inst. III. §. 23.

67) *Ulpiani* Fragm. XXVI. §. 6.

68) *Gaji* inst. III. §. 14.

69) Brissonius de V. S. v. *placere*. Pr.

70) Tit. XVI. §. 3. (*Paulus* lib. sententiarum). — „Sane consanguineis (*leg.* consanguineos) lex non adprehen-

in den XII. Tafeln nur nicht durch einen besonderen Namen und ein besonderes Recht von den übrigen Agnaten unterschieden worden seyen[71]. — Welche Ansichten man indessen hierüber auch haben mag, so liegt doch auch in der Art, wie die juristischen Klassiker die Töchter erwähnen, einige Bestätigung des Satzes, daß Töchter schon ursprünglich mit Söhnen als suae heredes ihren Vater ab intestato beerbten. „Intestatorum hereditas" sagt Gajus „lege duodecim tabularum primum ad suos heredes pertinent. Sui autem heredes existimantur liberi, qui in potestate morientis fuerint, veluti filius, *filia*, vel nepos *neptisve*, pronepos *proneptisve* ex nepote filio nato prognatus *prognatave*[72]." Daß

derat (al. comprehenderat); interpretatione prudentum primum inter agnatos locum acceperunt." — S. Schulting in der Jurisprudentia vetus ante-Justinianea p. 407. not. 9. Dirksen Uebersicht der Versuche zur Kritik und Herstellung der XII Tafel-Gesetze S. 344. und die dazu gehörigen Noten.

71) Vgl. Hugo's Rechtsgesch. 11. Ausg. S. 165. Z. 9 fgg. und die dazu gehörige Note 1. — Schrader (was gewinnt die Röm. Rechtsgeschichte durch Gajus S. 13 — 15.) sucht übrigens alle angeführten Stellen dadurch mit einander zu vereinigen, daß er annimmt, die Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts sey uralter Gebrauch gewesen, den auch die XII Tafeln hätten fortbestehen lassen, ohne ihn indessen zu erwähnen. Dies Stillschweigen habe denn Gajus und Ulpian veranlaßt, dem Gesetz ein Recht zuzuschreiben, was in demselben doch nur als geltend vorausgesetzt worden; umgekehrt aber habe man später, als der alte Unterschied weggefallen sey, eben aus jenem Stillschweigen gefolgert, das Gesetz kenne denselben gar nicht. — Vgl. jedoch hierzu Hugo a. a. O. S. 262. Z. 10 fgg.

72) Gaji inst. III. §. 1. 2.

Gajus, welcher in seinen Institutionen mit so großer Genauigkeit die eingetretenen Rechtsveränderungen und deren Quellen namhaft macht, dies hier nicht unterlassen haben würde, wenn der Begriff eines suus heres in dem Gesetze selbst wirklich eine beschränktere Bedeutung gehabt hätte, läßt sich um so eher erwarten, als schon die unmittelbare Verbindung, worin der Hauptsatz mit der vom suus heres gegebenen Erklärung steht, den Schluß rechtfertigt, daß auch diese Erklärung im Sinne der Gesetzgebung ist. Auf ähnliche Art äussern sich auch Ulpian[73]) und Paulus[74]), so daß man wohl dem K. Justinian Glauben beimessen darf, wenn er an mehr als einem Orte die Frauen als solche nennt, welche schon nach dem XII. Tafelgesetze das Suitätsrecht gehabt hätten[75]). Nimmt man nun noch hinzu, daß der in den Quellen anerkannte Begriff eines suus heres eben sowohl auf Töchter als auf Söhne paßt, Julianus auch, indem er diesen Begriff auf das Erbrecht anwendet, ausdrücklich sagt: „lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cujus bonis quaeritur, in rerum natura fuit"[76]): so wird man keinen Anstand nehmen dürfen, der gemeinen Meinung der Rechtshistoriker beizupflichten, daß schon zur Zeit der XII. Tafeln die Töchter zu den suis heredibus gezählt seyen[77]).

73) *Ulp.* Fragm. XXVI. §. 1.

74) Mosaic. et Rom. Leg. collat. Tit. XVI. §. 5.

75) Z. B. §. 1. und 2. J. *de hered. quae ab int.* §. 3. J. *de legit. agnat. succ.* (s. oben Note 64.).

76) L. 6. in f. D. *de suis et legit.* (XXXVIII. 16.)

77) M. s. unter den Neuern Hugo Rechtsgesch. S. 250 fg.

2) Dieser letzte Grund beweis't nun auch für das Suitätsrecht der Enkel, Urenkel u. s. w. schon zu jener Zeit, und eben dies gilt auch von anderen bereits angeführten Stellen, in welchen von dem Erbrechte der sui heredes nach dem XII. Tafelgesetze die Rede ist, zugleich aber der Begriff eines suus heres bestimmt wird[78]. Das scheinbarste Argument hiergegen stützt sich auf eine Stelle aus des Gajus Institutionen[79], welche so lautet: „Si ei, qui defunctus erit, sit frater et alterius fratris filius, sicut ex superioribus intelligitur, frater prior est, quia gradu praecedit; *sed alia facta est juris interpretatio inter suos heredes.*" Grisinger findet darin einen ganz unumstößlichen Beweis für seine Meinung, daß enfernte Descendenten erst durch die Auctorität der Juristen Suitätsrecht erhalten hätten[80]. Allein der Jurist erklärt sie ja gerade dadurch für sui heredes, daß er sagt: alia facta est interpretatio *inter suos heredes.* Man muß sich den Zusammenhang so denken: Das Gesetz hatte unter der Voraussetzung,

S. 269. Hasse im Rhein. Mus. für Jurisprudenz Bd. III. S. 187. — So auch *H.* Schultz de jure feminarum Romanarum defuncto succedendi ab intestato et ex testamento etc. c. I. — Ich kenne diese Schrift, welche in den Annales Acad. Rheno-Trajectinae v. 1826 abgedruckt ist, nur aus der Anzeige von Zimmern in dem dritten Bande der Tüb. krit. Zeitschr. für Rechtswissenschaft S. 13 fgg.

78) Besonders gehören hierher die oben angeführten Aeußerungen Justinians, daß die XII Tafeln so wenig einen Unterschied des Grades, als des Geschlechts angenommen hätten (L. 15. pr. C. de *legit. hered.* §. 3. *J. de legit. agn. succ.*)

79) *Gaji* inst. III. §. 15.

80) a. a. O. S. 82. N. d.

daß kein suus heres da seyn werde, den nächsten Agnaten zur Erbfolge gerufen. Hieraus folgte denn von selbst, daß der Bruder des verstorbenen Bruders Kindern vorgehe. Hatten sich aber die Decemvirn etwa das Verhältniß mehrerer sui auf ähnliche Weise gedacht, so daß also der Sohn dem Enkel von einem verstorbenen Sohne vorgehen sollte? Dies schien unbestimmt zu seyn, da das Gesetz nur allgemein sagte: si suus nec escit u. s. w., mithin eine Feststellung durch interpretatio prudentum zu erfordern, welche denn auch — ohne Zweifel im Sinne des Gesetzes — erfolgte. Hätte hier aber in der That auch ein Vorzug des Grades gegolten, so würden ja doch nichts desto weniger die entfernteren Descendenten sui heredes gewesen seyn und dies sich wirksam erwiesen haben, wenn sie allein standen. Ganz ausser Zweifel wird aber die Sache durch folgende Stellen gesetzt. Zuerst durch die L. 220. D. *de verb. signif.* (*Callistratus* Lib. II. quaest.): „Liberorum appellatione nepotes et pronepotes, ceterique, qui ex his descendunt, continentur: *hos enim omnes suorum*[81]) *appellatione lex duodecim tabularum comprehendit.*“ Sodann durch ein Rescript der K. K. Diocletian und Maximian[82]), folgenden Inhalts: „Ut intestato

81) Manche Ausgaben und Handschriften lesen hier zwar *liberorum* statt *suorum*; (f. Cramer in den Noten zu seiner Ausg. des Titels *de V. S.* Auch eine auf der Bibliothek des Domcapitels zu Merseburg befindliche Handschrift des Dig. novum liest so; indessen ist das liberorum sichtbar später erst hinein corrigirt). Der gewöhnlichen Lesart muß aber der Vorzug gegeben werden, da ja das Zwölf-Tafelgesetz *liberos* als solche überall nicht zur Erbfolge rief.

82) L. 3. C. *de suis et legitimis liberis.* (VI. 55.)

defuncti filius, ac nepos ex alio — — — pariter succedant, *evidenter lege duodecim tabularum cavetur*[83]).

3) Es ist auch kein Grund zu zweifeln, daß die auf künstliche Art — durch Adoption und manus, — in die Familie gekommenen Individuen ebenfalls schon zur Zeit der Decemvirn die Rechte der sui gehabt haben. In unsern Rechtsquellen werden sie nämlich da, wo von dem Intestaterbrechte nach den XII. Tafeln die Rede ist, den ehelich erzeugten Kindern und Enkeln stets gleichgestellt[84]), ja, Ulpian sagt an einem Orte ausdrücklich, daß das XII. Tafelgesetz den Patron nicht zur Intestaterbschaft rufe, wenn der Erblasser auch nur mit Hinterlassung eines suus non naturalis, nämlich einer Ehefrau in manu, oder eines Adoptivsohns verstorben wäre[85]).

83) Nichtsdestoweniger hält Griesinger (§. 17. S. 151 fg.) seine Ansicht für so sicher begründet, daß er glaubt, im äußersten Falle seyen die Juristen Paulus und Callistratus, so wie der K. Justinian eher eines historischen Irrthums zu beschuldigen, als daß seine Theorie umgestoßen werden könne. Und doch sind die Gründe für eine so stark ausgesprochene Ueberzeugung großen Theils nur Gemeinplätze, woraus sich freilich allerlei folgern läßt!

84) *Gaji* inst. III. §. 2. u. 3. Ulp. Fragm. XXII. §. 14.

85) *Ulp.* Fragm. XXIX. §. 1. (— „liberti hereditatem lex XII tabularum patrono defert, si intestato *sine suo herede* libertus decesserit, ideoque si — — — — suus heres ei sit, quamvis non naturalis *sed uxor puta, quae in manu fuit, vel adoptivus filius, lex patrono nihil praestat*"). — Griesinger (a. a. O. S. 191. §. 20.) stützt seinen Beweis gegen das Suitätsrecht der blos juristischen Agnaten darauf, daß denselben keine Rechte zugestanden werden könnten, welche nicht einmal Enkel und Töchter

4) Dagegen ist es wenigstens im hohen Grade wahrscheinlich, daß auf die Postumen in dem XII. Tafelgesetze keine unmittelbare Rücksicht genommen wurde. Zwar nennen die juristischen Klassiker dieselben neben den übrigen Personen ebenfalls als sui heredes[86]. Allein eines Theils giebt es hier keine einzige Stelle, worin geradezu gesagt würde, daß das XII. Tafelgesetz die Postumen unter den suis mitgemeint habe, andern Theils fehlt es aber auch nicht an besonderen Gründen, welche die Annahme rechtfertigen, daß der ursprüngliche Begriff der sui heredes nicht mit auf sie gieng. Vor allem kommt der Umstand in Betracht, daß die in den Quellen sich findenden Definitionen der sui heredes die eigentlichen Postumen — die nach dem Tode des Erblassers erst gebornen Descendenten — geradezu ausschließen. „Sui heredes sunt, quos in potestate habemus", oder „qui in potestate morientis fuerunt", heißt es

gehabt hätten. Dies fällt indessen mit dem Vordersatze von selbst hinweg.

86) *Gaji* Inst. III. §. 4. *Ulp.* Fragm. Tit. XXII. §. 15. — Es soll eben kein Gewicht darauf gelegt werden, daß Gajus die Postumen erst nennt, nachdem er alle übrigen — die natürlichen und die blos juristischen — suos aufgeführt hat. Denn hätte man für das ursprüngliche Suitätsrecht der Tochter, Enkel u. s. w. nur den Grund, daß sie bei Gelegenheit der legitima hereditas unter den suis mit aufgeführt werden, so würde die Sache doch immer zweifelhaft bleiben. Eher könnte man sich darauf berufen, daß Ulpian die Postumen nur in Beziehung auf das Notherbenrecht neben den übrigen als solche nennt, welche „suorum numero sunt", da aber, wo er bei der legitima hereditas ihrer Erwähnung thut (XXVI. §. 3.), offenbar nur von dem Recht seiner Zeit spricht.

durchgängig[87]); denn nur die bereits Existirenden, sagt Julianus, ruft das Gesetz zur Erbfolge[88]). Offenbar aber ist es kein Satz, welcher den XII. Tafeln zugeschrieben werden kann, sondern eine Doctrinalhypothese, vermittelst deren man die gesetzliche Vorschrift auch auf die Postumen anzuwenden suchte, wenn es weiter heißt: „conceptus *quodammodo* in rerum natura *esse existimatur*“[89]). Blieb nun hiernach die Ausdehnung des Begriffs eines suus heres auf die Postumen freilich der interpretatio überlassen, so lag diese doch in einem Falle so nahe, daß, als dieser Fall zuerst eintrat, das Erbrecht des postumus schwerlich be-

87) Z. B. bei *Ulpian.* Fragm. XXII. §. 14. *Gaji* inst. II. §. 156. III. §. 2. — §. 2. J. *de hered. qual. et differ.* §. 2. J. *de hered. quae ab int.*

88) — — „Lex XII tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cujus bonis quaeritur, in rerum natura fuerit.“ L. 6. in f. D. *de suis et legitim.* (XXXVIII. 16.).

89) L. 7. D. *de suis et legit.* — Vgl. L. 1. §. 8. D. *unde cognati* (XXXVIII. 8.). Die in diesen und anderen Stellen über das Recht der Kinder im Mutterleibe vorkommenden Ausdrücke ergeben zur Genüge, daß hierbei die philosophischen Streitigkeiten über den Lebensbeginn eines Menschen berücksichtigt wurden. Vgl. Walch zu Eckhardi Herm. jur. Lib. I. §. 137. (Selbst noch Papinian spricht, wenigstens in Beziehung auf den partus ancillae, den Grundsatz aus: „partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.“ L. 9. §. 1. D. *ad leg. Falcid.* (XXXV. 2.) Wäre nun schon zur Zeit der Dezemviral-Gesetzgebung ein Recht des Embryo auf die Verlassenschaft seines Vaters anerkannt worden, so würde man sicher nicht unterlassen haben, sich hierauf zu berufen.

zweifelt wurde; nämlich, wenn Jemand ohne Testament mit Hinterlassung einer schwangern Gattin starb, und andere Kinder nicht vorhanden waren. Daher rescribirten die Kaiser Diocletian und Maximian: „Intestato quidem defuncto postumum suum heredem, quam sororem licet consanguineam, haberi potiorem, *ordo successionum lege duodecim tabularum factus nimis evidenter demonstrat*"[90]). In der unmittelbar vorausgehenden Stelle (L. 3. C. *de suis* etc.) hatte es geheißen: „ut defuncti filius ac nepos ex alio — pariter succedant evidenter lege XII. tabb. *cavetur*." In jener Stelle dagegen deutet der Ausdruck am Schlusse sehr bestimmt darauf hin, daß hier nur nach einer Analogie, wenn gleich nach einer unzweifelhaften, entschieden werde[91]). Von Postumen, welche nach errich-

90) L. 4. C. *de suis et legitim. liber.* (VI. 55.). Daß der Postumus einer Schwester seines Vaters vorgehe, konnte zur Zeit des Kaisers Diocletian kein Gegenstand eines eigentlichen Zweifels mehr seyn, und man sieht hieraus, wie aus der unmittelbar vorausgehenden Stelle, daß die Kaiser oftmals mit Anfragen belästigt wurden, die sie nur durch Verweisung auf ganz klares und ausgemachtes Recht beantworten konnten. Allein es mußte doch irgend eine Veranlassung [illegible] einem Zweifelsgrunde vorhanden seyn, und dieser konnte wohl nur darin bestehen, daß zur Zeit des Gesetzes, welches die sui heredes allen andern vorzieht, ein noch nicht von der Mutter getrenntes Wesen, nicht für rechtsfähig galt.

91) Der Kaiser sagt also nicht: das XII Tafelgesetz bestimme dies so, sondern nur: die darin aufgestellte Successionsordnung führe darauf, daß der Postumus seiner Tante vorgehe. Denn (wie Thalelaus bei dieser Stelle Schol. Basilic. T. VI. p. 79. Schol. q. bemerkt), das Gesetz ruft ja Descendenten zuerst.

tetem Testamente, aber noch vor dem Tode des Erblassers erschienen, konnte zur Zeit der XII. Tafeln noch gar nicht die Rede seyn, weil ja auch der suus heres damals durch Testament willkührlich ausgeschlossen werden durfte, mithin sein Recht überhaupt nur wirksam wurde, wenn es zur Intestaterbfolge kam. Als nun aber das Notherbenrecht der sui heredes aufkam, da zeigte sich in Ansehung der Postumen die Schwierigkeit, daß diese, als incertae personae, nicht eingesetzt, und also auch wohl nicht enterbt werden konnten [92]), weshalb denn jedesmal

92) *Ulp.* Fragm. XXII. §. 4. — *Gaji* inst. II. p. 242. („At ne heres quidem potest institui postumus alienus; est *enim incerta persona*." Vom alienus postumus spricht Gajus hier nur, weil blos für diesen, nicht auch für den suus die alte Regel: incerta persona heres institui nequit, nach dem Civilrecht noch bestand). Theophilus in Paraphr. ad §. 26. J. *de legat.* — Finestres de postum. hered. inst. vel exhered. c. II. §. 22 sqq. (in prael. Cervar. p. 188 sqq.) Tilling de postumis heredib. inst. vel exher. P. II. p. 107 sqq. *C. G.* Hübner ad Tit. Dig. de rebus dubiis comment. P. I. (Lips. 1802.) p. 69. p. 84 sq. Foerster de bon. poss. p. 94. Bluntschli a. a. O. S. 47. Francke Notherbenrecht S. 21. — Uebrigens streitet man darüber, ob die obige Regel je auf den suus postumus angewandt worden sey (*C.* Rau resp. Dathe hist. jur. civil. Rom. de personis incertis ex test. heredibus. Lips. 1784. §. III.), und auch diejenigen, welche die Frage bejahen, streiten über den Grund, weshalb man die Postumen zu den personis incertis gezählt habe (s. z. B. die so eben angeführten Schriften von Tilling und Hübner). Eine nähere Erörterung dieser Streitfragen gehört in den Titel de hered. instituendis. Auch behaupten Manche ganz unabhängig von jenem Streite, daß nachgeborne Kinder schon nach den

die Erscheinung eines postumus ein früher errichtetes Testament rumpiren mußte. Allmählig wurde die Berücksichtigung der Postumen im Testamente möglich, und zwar theils durch die interpretatio prudentum, theils durch gesetzliche Bestimmung. Ulpian äussert sich hierüber wie folgt: „Eos, qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes, si quidem post mortem nostram nascantur ex jure civili, si vero viventibus nobis ex Lege Julia“ (*Junia* sc. Velleja)[93]). — Jus civile kann hier nicht, wie Cujacius meinte[94]), das XII. Tafelgesetz bedeuten, da diesem ja das Notherbenrecht überall noch nicht bekannt war; es ist vielmehr das durch auctoritas, oder interpretatio prudentum eingeführte Recht[95]). Allerdings schloß sich aber diese interpretatio dem gesetzlichen Rechte nahe genug an. Denn andere

XII Tafeln hätten eingesetzt werden können; z. B. Cujacius und Hasse (not. 94.). Davon wird gleich mit mehrerem gehandelt werden.

93) *Ulp.* Fragm. XXII. §. 19.

94) In not. ad Ulp. Fragm. XXII. 19. — Eben so WINCKLER de lege Junia Velleja §. VII. (opusc. I. p. 267.). Und Hasse nimmt dies als so ausgemacht an, daß er sagt: „die nach dem Tode des Testators gebornen, nur bei seinem Leben noch concipirten Postumi, konnten bekanntlich schon nach den XII Tafeln eingesetzt werden“; im Rhein. Mus. III. S. 211. Note 43.

95) L. 2. §. 5. in f. u. §. 12. D. *de origine juris* (I. 2.) — Auch die Redensarten: *jure civili receptum est* (z. B. L. 24. D. *de condit. et demonstr.* XXXV. 1.) und ähnliche gehen allemal auf das durch Gewohnheit und insonderheit durch die Juristen eingeführte Recht. Hugo Rechtsgesch. 11. Ausg. S. 459. Z. 30 fgg.

Postumen, als die erst nach dem Tode des Erblassers gebornen, konnte man zu einer Zeit nicht kennen, wo es noch überall kein Notherbenrecht gab; die Berücksichtigung derselben, zumal der eignen Kinder des Erblassers, erschien aber höchst natürlich und auch dem Geiste des Gesetzes angemessen, welches ja die Postumen nicht ausgeschlossen, sondern nur nicht ausdrücklich zur Erbfolge gerufen hatte[95a]). Hierin liegt denn auch wohl der Grund, warum wir den Fall der Einsetzung eines innerhalb 10 Monaten nach dem Tode des Erblassers gebornen eignen Kindes gar nicht besonders erwähnt finden. Stand aber die Möglichkeit Postumen im Testamente einzusetzen oder auszuschließen, erst für einen Fall fest, so mußte es sich auch bald erweitern. Nur geschah diese Erweiterung hier, wie ja auch sonst im früheren römischen Rechte, durch allmähliches Anschließen neuer Fälle an das bereits geltende Recht. Die Anerkennung eines Notherbenrechts für die nachgebornen Descendenten führte dann auch zu einer Erweiterung des Begriffs der postumi selbst; denn da denjenigen, welche beim Leben des Erblassers schon geboren und in dessen Gewalt waren, nicht weniger Recht zugestanden werden konnte, wie den Nachgebornen, so mußte man den Begriff auf alle sui heredes beziehen, welche nach errichtetem Testament in dies Verhältniß traten, auch wenn solches beim Leben des Erblassers geschah. Dafür, daß postumi der letztern Art zu Erben eingesetzt oder enterbt werden könnten, war freilich bei weitem nicht in dem

95a) So ist es auch mit gemeint, wenn Ulpian an einer andern Stelle (L. 3. §. 9. D. *de suis et legit. hered.*) sagt: „ex lege XII tabularum ad legitimam hereditatem is, qui in utero fuit, admittitur, si fuerit editus."

Grade ein praktisches Bedürfniß vorhanden, wie in Ansehung der nachgebornen Descendenten, indem ja, in den meisten Fällen wenigstens, dem Testirer die Abänderung seines letzten Willens frei stand [96]. Allein nicht immer war dies der Fall, und bequemer war es wenigstens, wenn es dem Erblasser frei stand, auch diejenigen Postumen in seinem letzten Willen zu berücksichtigen, deren Erscheinen er noch erlebte. Dies zu bewirken, war denn die Aufgabe der Lex Junia Velleja [97], deren

96) Foerster l. l. p. 110.

97) — „Ne ergo eo modo rumpatur mihi testamentum, sicut ipsum filium vel heredem instituere vel nominatim exheredare debeo, ne non jure faciam testamentum, ita et nepotem neptemve ex eo necesse est mihi vel heredem instituere, vel exheredare, ne forte, me vivo eo filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos neptisve, quasi agnatione rumpat testamentum; idque lege Junia Velleja provisum est.“ *Gaji* Inst. II. §. 134; woraus §. 2. I. *de exheredat. liberor.* und L. 13. D. *de inj. rupto, irrito facto test.* genommen sind. Der Name Lex Junia Velleja findet sich auch in L. 10. §. 2. D. *de test. tut.* XXVI. 2. (S. Bd. XXIX. des Commentars §. 1309. S. 249—252.) Dagegen in der Handschrift von Ulpian's Fragmenten wird sie Lex Julia genannt (S. oben den Text zu Note 93.), und auch Theophilus drückt den Schlußsatz der angeführten Stelle so aus: *καὶ τοῦτο τῷ Ἰουλίῳ Βελλείῳ νόμῳ εἴρηται.* Indessen für den Namen Junia Velleja spricht außer den vorhin angeführten Quellen-Zeugnissen, daß in den consularischen Fasten nirgends ein Julius und ein Vellejus als Collegen genannt werden, wohl aber M. *Junius* Silanus und *Vellejus* Tutor. Ant. Schulting und *Ulp.* Fragm. XXII. 19. (S. auch die folgende Note.) In den Florentinischen Pandekten heißt sie auch Lex Vellea; mit Recht erklärt sich gegen diese Schreibart *Ant.* Augustinus de nominib. propr. τοῦ πανδέκτου Florentini cap. IV.

Zeitalter nicht ganz genau feststeht; doch ist sie jedenfalls aus der zweiten Hälfte des achten Jahrhunderts nach Roms Erbauung [98]. Sie enthält zwei Kapitel; das erste handelte von der Einsetzung der beim Leben des

Nr. 34. (opp. omn. Vol. I. p. 365. Nach dem Index Florentinus schrieb Paulus einen liber singularis ad Legem Vellejam; doch ist daraus nichts in den Pandekten excerpirt, oder wenigstens findet sich eine solche Inscription nicht. S. die Note 93 zu dem Index bei Gebauer.

98) Schulting (a. a. O.) setzt sie in die Zeit von Claudius, nämlich in das Jahr 799 nach Erbauung Roms, oder 46 nach Chr. Geburt, und derselben Meinung scheint auch *A. A.* Augustinus (l. l. not. e.) zu seyn; dagegen erklären sich die Meisten für eine frühere Zeit, und halten die Sache dadurch für entschieden, daß in den consularischen Fasten a. p. u. c. 763 (also unter August) L. Junius Silanus und C. Vellejus Tutor als consules suffecti genannt sind. (Th. Jans. ab Almeloveenius Fasti Romanor. consular. p. 111.) Hierauf gestützt haben besonders *Herm.* Noordkerk (specimen lectionum seu disquis. de lege Petronia. Amstelod. 1731. p. 93 sq.) und Winckler (l. l. §. II.) die Meinung ausführlich vertheidigt, daß unsere Lex aus dem Jahre 763 nach Roms Erbauung sey, und die meisten neuern Rechtshistoriker (z. B. Bach, Haubold u. A.) nehmen das ebenfalls an. Auch kann man sich hiefür allenfalls noch darauf berufen, daß sich mit Sicherheit schwerlich beweisen läßt, es seyen eigentliche leges (Volksschlüsse) noch unter Claudius vorgekommen. (S. Noordkerk l. l. p. 94 sqq.) Auffallend ist es indessen immer, daß auch unter dem letztern Kaiser ein M. (Junius) Silanus und C. Vellejus Tutor als Collegen vorkommen (L. 2. §. 1. D. ad *Sct. Vellej.* XVI. 1. Gegen Majansius Disput. jur. Nr. XXV. §. 3. 4. Winckler l. l. p. 258. opuscul. T. I.). Ich wage daher kein Bedenken, mit Schrader (in den Noten zum §. 2. Inst. *de exhered. liberor.*) zu sagen: Quando haec lex lata sit, parum constat.

Testirers gebornen Descendenten, welche unmittelbar durch ihre Geburt sui heredes werden; das zweite von den entfernteren Descendenten, welche zur Zeit des errichteten Testaments schon geboren sind und durch das Wegfallen ihres Vaters Suitätsrechte erhalten [99]). Der gesetzliche Zweck wird in beiden Kapiteln verschieden ausgedrückt; das erste gestattet die Einsetzung noch nicht geborner Kinder („ut liceat institui nondum natos"); das zweite verbietet die Ruption der Testamente, worin die zur Zeit der Testaments-Errichtung bereits gebornen, aber später erst in die Reihe der sui heredes eintretenden Descendenten eingesetzt (oder enterbt) sind („posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi neve ob eam rem minus ratum esset, quod successit" [100]). Ueber den Grund und die Bedeutung dieser Verschiedenheit wird unten das Nähere vorkommen. Immer aber waren auch durch die Bestimmungen der Lex Velleja die möglichen Anwendungen bei weitem noch nicht erschöpft; es blieb der Interpretation und Praxis reichlicher Spielraum, um die vorhandenen Lücken auszufüllen, und über einzelne Fälle wurde, wie es scheint, lange noch gestritten.

Die Hauptquelle für unsere Lehre ist ein Pandekten-Fragment aus dem sechsten Buche der Quaestiones von Qu. Cervidius Scävola, welcher unter den Antoninen lebte [1]). Es ist die berühmte L. Gallus (29)

99) L. 29. 12—14. D. *h. t.*

100) L. 29. §. 15. D. *h. t.*

1) *Joh. Lud.* Conradi de vita et scriptis Q. Cervidii Scaevolae lib. singular. §. II. (Opusc. e jure civili Vol. I. p. 16 sqq.)

D. h. t. [2]), welche fast ausschließlich der folgenden Erör-

2) Sie gehört unter die Zahl der sieben leges damnatae (S. WALCH in der Note zu ECKHARDI Herm. jur. §. 94.) und allerdings ist eine befriedigende Erklärung derselben keine geringe Aufgabe. Mit wenig Worten ist hier nichts auszurichten, und da sie bisher in dem Commentar kaum erwähnt ist, so bedarf die Ausführlichkeit, womit sie hier behandelt wird, wohl keiner Entschuldigung („Licet advocati parum lucrantur de hac lege", bemerkt die Glosse, quia tamen re et fama difficilis est, bene est notanda"). Bekanntlich hat *Corn. v.* ECK eine Dissertation geschrieben de septem damnatis legibus seu crucibus Juris consultorum (Lugd. B. 1682. rec. Jen. 1745; auch in dem Supplementbande zum Meermanschen thesaurus p. 569 sqq.). Der Commentar zu unserer Stelle findet sich im cap. VII., nimmt in dem Meermanschen thesaurus noch nicht volle vier Folioseiten ein (p. 583—586), und ist überhaupt eben nicht gründlicher, wenn gleich besser geschrieben, wie die meisten Inaugural-Dissertationen. — Von den übrigen Erklärern dieser Stelle sind aus der Periode bis Alciati auszuzeichnen: die Accursische Glosse, worin kaum eine bedeutende Schwierigkeit ganz übergangen ist, wenn gleich die Auflösung häufig fehlt; ferner die wortreichen Commenmentare von Bartolus, Baldus, besonders aber von Alciati selbst. (Des Letzteren Commentar findet sich in dessen operib. omnib. Fcf. 1617. T. I. p. 473—680). Von Schriftstellern aus der spätern Zeit mögen hier (neben den oben schon aufgeführten Schriften von *v. de* POLL FINESTRES und TILLING) folgende genannt seyn: *Franc.* CONNANUS in comment. jur. civil. Lib. X. cap. IV. (Auch einiges aus dem vorausgehenden Capitel gehört dahin); *Franc.* DUARENUS (opp. Frf. 1607. p. 351—365. umfaßt auch die L. 16. D. *h. t.*); *Ant.* GOVEANUS (in opp. ed. *Jac. van* VAASSEN Rotter. 1766. p. 75 sqq. und ejusd. leg. repetita praelectio, in Lib. I. animadvers. *ibid.* p. 327 sqq.); *Lael.* TAURELLUS ad Gallum et Leg. Vel-

sterung über die Einsetzung oder Ausschließung der postumi zu Grunde liegen wird[3].

lejum in OTTONIS thesauro, T. IV. p. 1604 sqq. Ihm ist es besonders um Vertheidigung der bisweilen ganz sinnlosen Florentinischen Lesarten zu thun.) *Franc.* HOTMAN Scholae in LXX. tit. Dig. et Cod. ad h. l. (opp. T. I. B. p. 146—175). *H.* DONELLUS (in ejus et aliorum quorund. opusc. postum. Hanov. 1604. 8. p. 131 sqq. — In seinem comment jur. civil. berührt er diese Materie Lib. VI. §. 8 sqq. der Ausg. von König); *Jac.* CUJACIUS ad Tit. de lib. et post. h. l. (opp. prior. ed. Par. T. I. p. 1095 sqq.); *Detl.* LANGEBEK (in leges aliquot perdifficiles annotationes cap. XL—XLII; in OTTONIS thes. P. I. p. 578 sqq.) *Henr. a* SUERIN repetitar. lection. jur. civil. lib. c. 38. 39 (bei *Otto* P. IV. p. 65 fgg. *Lud.* CHARONDAS verisimilium Lib. I. c. XV. (in *Otton.* thes. P. I. p. 718 sqq.); *Gabr.* VALLIUS ad h. l. (in *Otton.* thes. P. I. p. 398 sqq.); *A.* FABER (conjecturae jur. civil. Lib. IX. Lib. X. Beide Bücher betreffen fast ausschließlich nur unsern Gegenstand); *Jo.* ALTAMIRANUS (in priores XIII libros ex XX Quaest. *Q. Cerv.* *Scaevolae* comment. Tract. VI. ad Lib. VI. im Meermanschen thes. T. II. p. 450 sq. *Ant.* MERENDA (controv. jur. civil. Lib. XV. cap. II — VI. Auch aus dem IV. Buch gehören hierher die Capitel III. IV.); *Barth.* CHESIUS (interpret. jur. Lib. I. cap. XLIX.; in Jurisprudent. Rom. et Att. c. praef. *J. G.* HEINECCII T. II. p. 239 sqq.); *Franc.* RAMOS *del* MANZANO ad h. l. (in thes. *Meerm.* T. VII. p. 212 sqq.); *Sam.* STRYK (in cautelis testamentorum cap. XVI. §. VII. opp. praestant. p. 163 squ. — Man findet hier einen exegetischen Commentar, was man nicht erwarten sollte; an ein gründliches Eingehen in die Schwierigkeiten ist aber nicht zu denken, was man freilich von selbst erwarten wird. Stryk hält es für nöthig, die Erläuterung der Stelle damit zu entschuldigen, daß sich doch an Einzelnes praktische Bemerkungen anknüpfen lassen); *Jo.*

A) Daß nachgebornen Kindern des Erblassers die Rechte der sui ohne Bedenken zugestanden wurden, ungeachtet das XII. Tafelgesetz ihrer nicht ausdrücklich erwähnte, und daß man die Einsetzung und Enterbung derselben für zulässig hielt, wenn man gleich auf eine besondere Auctorität dafür sich nicht berufen konnte, wurde oben bereits bemerkt. Die Ausdehnung dieses Rechts auf entferntere Descendenten wird dem berühmten Ju-

Lud. Conradi (sententia Scaevolae declarata super cautione Aquillii nepotes postumos instituendi de lege Junia Vellea. Lips. 1756. Ist leider nur Bruchstück geblieben, obwohl die Schrift sich freilich nicht so ankündigt); *Greg.* Majansius (ad triginta ICtorun fragmenta comment. P. II. p. 74 sqq.); *Car. Godofr.* (de) Winckler (de lege Junia Velleja, opusc. Vol. I. p. 256 sqq. Geht zwar dem Titel nach nur auf einen Theil der Stelle; doch handelt Winckler auch von der Aquilischen Formel); Francke Notherbenrecht §. 3. S. 20 — 44.

3) Die bei dieser Stelle theils von mir selbst, theils für mich von einem jungen hoffnungsvollen Gelehrten, dem Herrn Dr. philos. Robert Schneider, verglichenen Leipziger Handschriften des Infortiatum, sollen durch Cod. Lips. A. B. und C. bezeichnet werden. Die beiden letztern befinden sich auf der Pauliner-Bibliothek, die erste auf der Rathsbibliothek in Leipzig. Nachrichten über dieselben finden sich in der Jenaischen allgem. Literaturzeitung von 1818. Nr. 6 — 11. S. 69 fgg. (von Wenck) und in dem Programm von *J. C. Alb.* Kriegel antiqua versio Latina fragm. e Modestini libro excusat. in D. obviorum (Lips. 1830. 4.) p. 13. Im Alter scheinen sie so auf einander zu folgen, wie sie hier bezeichnet sind. Doch ist wohl keine derselben aus einer frühern Zeit, als dem XIII., die dritte vielleicht erst aus dem XV. Jahrhundert, wenn gleich Wenck sie für älter hält.

risten Aquilius Gallus, dem Zeitgenossen und vertrauten Freunde Cicero's [4]) zugeschrieben, dessen Formeln zu einem besonderen Ansehen gelangten [5]). Die von ihm erfundene Einsetzungs-Formel für nachgeborne Enkel referirt Scävola wie folgt:

„Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit: *si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunto.*“

Diese s. g. postumi Aquiliani — wie sie von den Neueren genannt werden [6]) — sind also Enkel, welche, nachdem ihr Vater schon beim Leben des Großvaters gestorben war, nach des Letztern Tode geboren werden. Mit großer Vorsicht war aber in der Formel ausgedrückt, daß sie auf den Fall zu Erben eingesetzt seyn sollen; (tunc — — — heredes sunto). Nur dadurch wurde es möglich, den Enkel von einem noch lebenden Sohne so wirksam einzusetzen, wie man schon vor Aquilius einen noch nicht gebornen Sohn hatte einsetzen können. Auf

4) *Cic.* de offic. III. c. 14.

5) S. die ebenangeführte Stelle von Cicero; auch L. 18. §. 1. D. de *acceptil.* (XLVI. 4.) und §. 2. Inst. quib. *mod. obl. toll.* Winckler l. l. §. IX. p. 271.

6) Man sehe über diese und andere Benennungen der Postumen die der Schrift von Tilling (de postum. hered. inst. vel exher. P. II.) angehängte Tabelle; Höpfner Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 483. Note 3. E. C. Westphal Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 485 — 520. Thibaut Syst. des Pandectenrechts Bd. II. §. 794.

diesen paßte unbedingt der Begriff eines suus postumus [7]; lebte er jetzt, so war er suus heres, und, wann er auch geboren wurde, stets stand er unmittelbar in der Gewalt des Testirers, falls dieser selbst noch am Leben war. Anders verhielt sich dies mit dem Enkel. Sein Vater konnte ihm immer noch vorgehen, mithin der Enkel nur als alienus postumus betrachtet werden. Ohne daß nun in der Formel ausgedrückt wurde: der Enkel solle auf den Fall eingesetzt seyn, wenn er suus heres seyn würde, konnte nach den strengen Begriffen der alten Jurisprudenz die Einsetzung schlechterdings nicht bestehen. Aber auch eine Einsetzung unter der Bedingung der Suität, oder auf den Fall, daß der eingesetzte Postumus bei seiner Geburt in der unmittelbaren Gewalt des Testirers, wenn dieser noch lebte, gewesen seyn würde, — gieng früher nicht an. Denn eines Theils vertrug sich die Hinzufügung von Bedingungen mit dem civilrechtlichen Testamente nicht [8], anderen Theils mußte Alles, wovon der Rechtsbestand einer letztwilligen Verfügung abhieng, namentlich auch in Ansehung der Fähigkeit des Erben schon zur Zeit des errichteten Testaments vorhanden seyn [9]. Jenes nun konnte man schon zur Zeit der Republik durch Anwendung der s. g. prätorischen Testamentsform bewirken [10], dieses dagegen blieb auch im

7) *Ulp.* Fragm. XXII. §. 15. 19. Vgl. §. 26. Inst. *de legat.*

8) L. 77. D. *de regul. jur.*

9) L. 201. D. de reg. jur. L. 59. §. 1. D. *de hered. inst.* (XXVIII. 5.) §. 4. Inst. *de hered. qual. et differ.* — Vgl. *Franc.* Ramos *del* Manzano l. l. Pars II. cap. I. §. 2. (Meerman. P. VII. p. 238.)

10) *Cic.* orat. in Verr. I. c. 45. — v. Savigny Beitrag zur Geschichte der römischen Testamente (in der Zeitschrift für

neueren Rechte die Regel, jedoch mit mannigfachen Modificationen; und eine solche war denn eben die durch die Auctorität des Aquilius eingeführte Neuerung. Dadurch also wurde es möglich, einen Enkel, welcher, wenn er zur Zeit des errichteten Testaments gelebt hätte, nicht suus heres gewesen wäre, als postumus suus unter der Bedingung einzusetzen, daß er dies bei seiner Geburt seyn würde [11]; woran denn die späteren Juristen noch mancherlei Folgerungen knüpften, die mit unserem Gegenstande in keiner eigentlichen Verbindung stehen [12].

hist. Rechtswissenschaft Bd. I. Abh. V. S. 78.) Bd. 34. dieses Commentars §. 1421. a. S. 263 fg.

11) Mit dieser Erklärung stimmen die ältern Interpreten wesentlich überein, wenn sie sagen: Aquilius habe die Einsetzung eines *alienus postumus* auf den Fall, daß er als suus geboren werden würde, möglich gemacht. So z. B. Bartolus ad h. l., Baldus ibid., *Alexander* Tartagnus (oder *de* Imola) in dem (bei den meisten glossirten Ausgaben sich findenden) Summarium zu dieser Stelle (v. Savigny Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter Bd. VI. S. 162.). *Gabr.* Vallius l. l. p. 399. *Ant.* Faber conj. c. XI. p. m. 261. Altamiranus l. l. §. 3. 5. *Jan. a* Costa ad §. 1. Inst. *de exhered. liber.* u. A. Und dies scheint auch die Ansicht der juristischen Klassiker gewesen zu seyn, (s. die folg. Note) wie dies selbst H. Donellus (a. a. O. pag. 136. 137. zugiebt, welcher übrigens mit andern, z. B. *Greg.* Majansius ad trig. ICt. l. l. §. XVII. sqq. die Richtigkeit dieser Ansicht bestreitet). Jedenfalls wird daraus am besten erklärt, weshalb die Einführung einer besondern Formel überhaupt nöthig erschien, und nicht eine gewöhnliche Vulgarsubstitution genügte; worüber wieder diejenigen unter sich streiten, welche von der hier angenommenen Erklärung abweichen.

12) Man darf dahin wohl die Aeusserung von Paulus rechnen

für uns kommen hier nur durch die Ausdehnungen der Aquilischen Formel auf verwandte Fälle in Betracht. —

(L. penult. D. de *leg. I.*: „A fratris postumo fideicommissum dari potest; sola enim voluntas servatur in fideicommissis. *Et obtinuit Galli sententia, alienos quoque postumos legitimos nobis heredes fieri.*" Der erste Theil dieser Stelle spricht nur den bekannten Satz aus, daß auch Intestaterben mit Fideicommissen belastet werden können. (L. 92. §. 2. D. *de leg. I.* u. a.). Aus dem Schlußsatze sehen wir, daß früher ein nach dem Tode des Erblassers erst geborner Agnat auch nicht als legitimus heres (als Intestaterbe) zugelassen wurde. Daß dies nun durch Aquilius direct geändert worden sey, ist schon nach alle dem, was wir über die Organe der Fortbildung des Rechts in Rom wissen, nicht glaublich; an eine Cautel oder Formel, welcher die Autorität ihres Urhebers häufigen Gebrauch sicherte, konnte dies neue Recht nicht geknüpft werden; ein bloßes Erachten des Aquilius in Beziehung auf einen streitigen Rechtsfall konnte wohl auf die Praxis des Centumviralgerichts Einfluß haben, allein daß man sich alsdann auf ihn, als Urheber eines so wichtigen Rechtssatzes berufen haben würde, ist wenigstens sehr unwahrscheinlich. Näher dürfte daher die Erklärung liegen, daß, seit Aquilius einmal die Einsetzung solcher Postumen eingeführt hatte, welche zur Zeit der Errichtung des Testaments doch nur als alieni anzusehen waren, man auch kein Bedenken getragen habe, alienos postumos als nächste Agnaten zur gesetzlichen Erbfolge zu lassen. S. *Ant.* Merendae controv. jur. civil. Lib. XV. c. 1. §. 9—11. — Ob Aquilius durch seine Neuerung auch zu dem Aufkommen des Rechtssatzes Veranlassung gegeben, den die Neuern meistens so ausdrücken: man könne jeden nur zur Zeit der Testamentserrichtung Unfähigen einsetzen, wenn man die Bedingung der Fähigkeit hinzufüge? — Dies ist hier der Ort nicht zu untersuchen. Ohnehin ist es sehr zweifelhaft, ob jener Rechtssatz bei den Römern im der obigen Aus-

Zuvörderst hielt man die Anwendung der Formel auf entferntere Descendenten für ganz unbedenklich.

§. 2. „Idem credendum est Gallum existimasse et de pronepote[13]) ut dicat testator: *si me vivo filius decedat, tunc qui ex eo pronepos, et cetera.*"

Und zwar gilt dies nicht blos alsdann, wenn der Sohn bereits verstorben, sondern auch, wenn er noch am Leben und der Enkel mit Tode abgegangen ist:

§. 3. „Sed et si vivo filio, jam mortuo nepote[14]),

dehnung gegolten habe. Denn die Stellen, worauf man sie gründet, (L. 62. pr. D. *de hered. inst.* L. 51. pr. D. *de legat. II.*) sprechen nicht von dem Mangel der s. g. testamenti factio passiva, sondern nur von einem Solchen, der das jus capiendi (z. B. ex lege caducaria) nicht hatte, womit die Testamentsfähigkeit an sich sehr wohl bestehen konnte; wie dies übrigens nicht erst von jetzt lebenden Juristen (s. v. Schröter in der Zeitschr. für Civilrecht und Proceß Bd. II. S. 120 fgg.) bemerkt, sondern fast bei jedem gründlichen Juristen aus früherer Zeit zu lesen ist, welcher darüber zu sprechen Veranlassung hatte. S. z. B. Schulting in not. ad Dig. ed. Smallenb. P. V. p. 66.; Cuesius interpr. Lib. I. c. 1. und cap. 49. nr. 22.; *Greg.* Majansius ad trig. ICtor. fragm. T. II. p. 88. S. XXII. u. A. Vgl. übrigens auch meine doctrina Pand. Vol. III. §. 761. not. 3. der 3. Aufl.

13) So lesen die Flor. und Hal. Auch Cod. Lips. A. B. u. C., ferner Contius, Russardus u. A. Und diese Lesart ist auch wohl besser als *nepote*, wie manche Handschriften und Editoren haben (s. die Note 21. in ed. *Geb.*), da Scävola offenbar sagen will: auf gleiche Art wie ein nachgeborner Enkel könne auch ein Urenkel eingesetzt werden.

14) Flor. *pronepote*, was offenbar sinnlos ist. *Nepote* lesen auch Cod. Lips. A. und die Gött. Handschr. Brande

cujus uxor praegnans esset, testamentum faceret, potest dicere: *si me vivo filius decedat, tunc qui pronepos*, et cetera."

Wie nun aber, wenn beide — Sohn und Enkel — zur Zeit der Testamentserrichtung noch lebten? Hier wird die Aquilianische Formel nur wirksam angewandt, wenn der Enkel vor dem Sohne stirbt; denn sonst würde der nach dem Tode des Sohnes an dessen Stelle beim Leben des Erblassers tretende Enkel das Testament rumpiren, mithin auch die Einsetzung des Urenkels über den Haufen fallen.

§. 4. „Num si et filius et nepos vivant, concipere utrisque mortuis vivo se, tunc qui pronepos nasceretur, poterit [15])? Quod similiter admittendum est, *ita sane, si prius nepos, deinde filius decederet*, ne successione testamentum rumperetur."

Aber warum mußte hier gerade der Enkel des Testirers vor dem Sohne gestorben seyn? Meistens erklärt man dies dadurch, daß der Enkel prätterirt sey, mithin durch das Einrücken an seines Vaters Stelle das Testament rumpire. Dies hat auch Grund; nur darf es nicht so verstanden werden, wie gewöhnlich geschieht, daß der

a. a. O. S. 24. not. 7.) dann folgende Ausg. *Venet. Rubeot.* 1477. Tortis 1502. *Lugd.* Sylb. 1500. *Lugd.* Porta 1541. *Lugd.* Semeton. 1550. *Venet.* Junt. 1591, daß selbst Haloander, welcher doch sonst keinen Anstand nimmt, offenbare Fehler zu verbessern, *pronepote* hat, ist auffallend.

15) Das *poterit*, welches freilich der Sinn erfordert, ist wahrscheinlich eine Conjectur Haloanders. Außer bei diesem und Beck. finde ich es nirgends.

Testirer den Enkel gar nicht bedacht habe; er hat es nur nicht auf gehörige Art gethan. Ja er konnte dies gar nicht bewirken, ehe durch die Lex Velleja die Einsetzung bereits lebender Descendenten, welche später erst an die Stelle eines Näheren traten, möglich wurde. Man darf aber nicht vergessen, daß Scävola hier nur von der Aquilischen Formel und deren Anwendung spricht. Diese Formel nun gieng auf den Fall der agnatio postumi beim Leben des Erblassers gar nicht, konnte mithin auch einer daraus zu befürchtenden Ruption des Testaments nicht vorbeugen. Gesetzt also, auch der Testirer hätte Sohn und Enkel ausdrücklich eingesetzt, so konnte dennoch das Testament nach jus civile nicht aufrecht erhalten werden, wenn der Sohn des Testirers vor dem Enkel starb und dieser in die Stelle seines Vaters einrückte. Zwar leidet es keinen Zweifel, daß der Urenkel bonorum possessionem secundum tabulas erhielt, wenn sein Vater noch vor dem testirenden Großvater gestorben war [16]. Allein, wie gesagt, nicht davon ist hier die Rede, wie ein solches Testament überhaupt zu Recht bestehen könne, sondern lediglich von der Aquilischen Formel, ihrer Anwendung und ihrer Wirkung nach dem Jus civile [17].

16) L. 12. pr. D. *de inj. rupto irrito facto test.* (XXVIII.3.) — Majansius ad trig. ICtor. fragm. P. II. p. 91. §. XXVII. in f.

17) *J. L.* Conradi diss. super caut. Aquillia etc. p. 16. — Man kann es bei der Interpretation der L. Gallus nicht oft genug vor Augen haben, daß Scävola bei Erklärung der Aquil. Formel und des Vellejischen Gesetzes ja keineswegs fragt: ob nach dem zu seiner Zeit geltenden Rechte eine auf diese oder jene Art erfolgte Einsetzung eines Postumus nicht überhaupt zu Recht bestehen könne, (denn dann

Ueberhaupt aber genügte die aquilische Formel allein nicht zur giltigen Einsetzung nachgeborner Enkel, sondern es mußte hier wie in den übrigen Fällen der institutio postumorum, auch der Sohn des Erblassers gehörig eingesetzt seyn, weil sonst ja das Testament gleich Anfangs nicht hätte bestehen können[18]. Dies bemerkt auch Scävola selbst in unserer Stelle, nämlich §. 10. zu Anfang: „In omnibus his speciebus illud observandum[19] est, ut filius[20] duntaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus." Nur der Sohn also (filius *duntaxat*) brauchte eingesetzt zu werden; war der unmittelbare Descendent ein Enkel, von welchem man einen Urenkel mit der Aquilianischen Formel einsetzen wollte, so durfte Jener, unbeschadet der Giltigkeit des Testaments, präterirt werden[21]. Eine

würde, nach der richtigen Bemerkung von Merenda l. l. Lib. XV. c. III. §. 1. ein Theil seiner Untersuchungen ganz überflüssig seyn), — sondern daß er eben nur die vorhandenen Vorschriften interpretiren und ihre Anwendung zeigen will.

18) L. 7. L. 30. D. *h. t.* L. 2. C. *eod.* (VI. 29.)

19) *Flor. servandum.* Observandum lesen: Cod. Lips. A. C. *Venet.* Rubeor. 1477. Tortis 1502. *Lugd.* Syll. 1500, und die übrigen Not. 14. citirten Ausgaben, auch Hal.

20) Cod. Lips. A. C. *ut et filius* eben so *Venet.* Rubeor. 1477. Tortis 1502. *Lugd.* Sylb. 1500.

21) *Gaji* inst. II. §. 124. *Ulp.* Fragm. XXII. §. 17. Pr. Inst. de exher. liber. L. 29. §. 10. in f. D. *h. t.* „certe nec in nepote et pronepote, quorum si liberi heredes instituuntur, institutionem nunquam exigimus, quia possunt praeteriri. (Nur als postumi mußten auch die Enkel ausdrücklich eingesetzt oder enterbt werden; *Gaji* inst. II. §. 134.) Die eben angeführte L. 29. §. 10. ist mithin von solchen

stillschweigende Einsetzung des Sohnes nun scheint schon in den Worten: *si filius meus vivo me morietur* u. s. w. zu liegen. Doch auch ohne sich in eine Erörterung der Frage einzulassen, welche die Neueren so auszudrücken pflegen: *num in conditione positus pro instituto habendus sit?* — d. h. ob dadurch, daß Jemand unter der Bedingung zum Erben eingesetzt ist, wenn ein Anderer beim Tode des Erblassers nicht mehr am Leben seyn, oder doch nicht dessen Erbe werden würde, dieser nunmehr als zunächst eingesetzt zu betrachten sey [22])? — wird man nach dem zur Zeit der juristischen Klassiker geltenden Rechte das Gegentheil als entschieden annehmen dürfen [23]), besonders wenn von Einsetzung eines Haussohns die Rede ist. Es muß daher hier, (wie in anderen Fällen, wo schlechthin nur von der Einsetzung nach der Aquilischen Formel, oder dem Vellejischen Gesetze gehandelt wird) subintelligirt werden, daß der Sohn auf gehörige Weise im Testamente berücksichtigt worden sey [24]). War dies aber geschehen, so band man sich indessen nicht streng an die Formel, als man es nicht für nöthig hielt, die Einsetzung des Enkels von dem

Fällen zu verstehen, wo der nächste Descendent schon ausgeschieden ist, und Kinder eines entfernteren Descendenten eingesetzt werden sollen). Merenda l. l. Lib. XV. c. 4. §. 24 — 26. Majansius l. l. p. 97. §. XXXVII.

22) S. meine Doctr. Pand. Vol. III. §. 665. Not. 6.

23) L. 16. §. 1. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.) L. 19. D. *de hered. inst.* (XXVIII. 5.) — A. Fabri conj. IX. c. X.

24) *Glossa* ad h. l. auch A. Faber in der Not. 23. angeführten Stelle. — Von der abweichenden Meinung des Bartolus wird weiter unten die Rede seyn.

beim Leben des Erblassers eintretenden Tode des Sohns ausdrücklich abhängig zu machen, d. h. es sollte dies als sich von selbst verstehend vorausgesetzt werden dürfen. Die ausdrückliche Erwähnung der Eingangsworte der Formel mußte um so mehr als überflüssig erscheinen, als ja bei der Einsetzung des Enkels die Worte: „in decem mensibus proximis, quibus filius moreretur" nicht fehlen durften, mithin gar kein Zweifel darüber statt finden konnte, auf welchen Fall der Enkel eingesetzt sey. So ist der §. 1. unserer Stelle zu verstehen: „Quidam recte admittendum credunt, etiam si non exprimat de morte filii, sed simpliciter instituat, ut eo casu valeat, qui ex verbis [25]) concipi possit." Die verschiedenen Erklärungen dieser Stelle finden sich schon in der Glosse angedeutet [26]). Die einfachste ist gewiß die vorhin gegebene, welche man auch so ausdrücken kann: Es ist nicht gerade nöthig, daß die Aquilische Formel buchstäblich angewandt werde; wenn sich,

25) Die Lesart: *ex verbis* (s. Schulting not. ad Dig. ed. Smallenb. T. V. p. 44.) verdient sicher keine Beachtung.

26) S. die Accursische Glosse zu dieser Stelle, welche ihre Erklärung so beginnt: „Hic incipiunt verba Scaevolae Gallum reprehendentis — *prima reprehensio*" u. s. w. Daß Scaevola es hier so recht eigentlich auf einen Tadel des Aquillius angelegt gehabt, ist denn auch die allgemeine Meinung der Juristen aus der Periode, welche auf die Glossatores folgt. Die späteren Juristen, z. B. Alciat (dessen ungebührlich weitschweifiger Commentar zu dieser Stelle l. l. von p. 493—526 geht), *Ram. del* Manzano (l. l. p. 238), Duarenus, Taurellus, Donellus u. A. bemerken dagegen mit Recht, daß sich in der ganzen Stelle nicht eine Spur von Tadel, oder selbst nur einer Kritik der Formel des Aquillius finde.

nur aus den Worten ergiebt [27]), daß ein Enkel eingesetzt sey, welcher als suus geboren werden würde [28]), und zwar nachdem zuerst sein Vater, und dann der Testirer mit Tode abgegangen [29]).

Nach einer anderen Erklärung soll der Sinn seyn: Hat der Testirer auch nicht gesagt: si filius meus vivo me morietur, so ist dies nicht nur unschädlich, sondern sogar vortheilhaft, indem alsdann das Testament gilt, auch wenn der Sohn nicht durch seinen Tod, sondern auf andere Art, z. B. durch Deportation aus der Gewalt des noch lebenden Vaters tritt [30]). Allerdings läßt sich die Stelle so verstehen. Und allerdings gehörte die-

27) Das *ex verbis* concipi potest wollen Manche auf die Worte der Aquilischen Formel beziehen; selbst Merenda a. a. O. Doch natürlicher ist es gewiß, jenen Ausdruck von den Einsetzungsworten zu verstehen; und eben so wenig ist es nöthig, hier zu einer gezwungenen Erklärung seine Zuflucht zu nehmen, um den Sinn zu finden: daß doch immer der wesentliche Inhalt der Aquil. Formel ausgedrückt seyn müsse. Denn dies versteht sich von selbst, da Scävola hier ja nur von der Anwendung dieser Formel spricht. S. oben Note 27.

28) Dies nehmen auch die in Note 5. genannten Rechtslehrer an, wenn sie gleich nicht erfordern, daß der Sohn des Testirers durch den Tod ausgeschieden sey.

29) Im wesentlichen stimmen von den Note 2. angeführten Juristen hiermit überein: Duarenus l. l. p. 354. *Ant.* Goveanus l. l. §. 23. in f. und rep. prael. p. 328. Taurellus p. 1614. Donellus p. 140 sq. Charondas p. 722. Vallius p. 399 sq. *A.* Faber conj. IX. 12. Altamiranus l. l. p. 164. Merenda Lib. XV. c. III. nr. 1.

30) Cujacius l. l. p. 1097. *Ramos del* Manzano p. 239. *A.* Conradi l. l. pag. 14 sqq. Majansius l. l. pag. 89 sqq. Franke Notherbenrecht. S. 24.

ser Fall nicht unter die Vorschrift der Lex Velleja[30]. Allein gerade ein solcher Fall wird weiter unten (§. 5.) als zweifelhaft vorgetragen, und um hier die Einsetzung des Enkels für giltig zu erklären, ausdrücklich die Analogie der Lex Velleja zu Hilfe genommen[31], da dieses Gesetz zwar nur von solchen postumis handelte, die beim Leben des Erblassers erschienen, indessen doch alle und jede Fälle umfaßte, wodurch der nächste Descendent ausschied. Es ist also gewiß nichts weniger als wahrscheinlich, daß Scävola, wenn er die Eingangsworte der Formel (si filius meus vivo me morietur) für überflüssig erklärt, damit sagen wollte: es komme nichts darauf an, ob der Sohn durch Tod oder auf andere Weise aus der väterlichen Gewalt scheide. Er spricht vielmehr hier (§. 1.) überall noch nicht von einer Ausdehnung der Formel, sondern nur von ihrer Fassung; erst, nachdem dies erledigt ist, kommt er auf die Ausdehnungen, wobei er denn von den allereinfachsten, sich fast von selbst verstehenden Fällen, zu den verwickelteren fortschreitet.

Ganz verwerflich aber ist die Erklärung, welche einige ältere Juristen, z. B. **Bartolus** (ad *h. l.*) von der Stelle gegeben haben: Es komme hiernach nämlich nur darauf an, daß der Enkel eingesetzt werde, die Art, wie dies geschehe, sey völlig gleichgiltig. Wenn daher der Erblasser auch blos sage: „si quis mihi nepos post mortem meam nascetur, heres esto," so sey nun in Folge der Neuerung des Aquilius Gallus (und jener

31) L. 29. §. 5. D. *h. t.* „Hi enim casus et omnes, ex quibus suus heres post mortem avi nascitur, non pertinent ad Legem Vellejam."

32) L. 29. §. 6. D. *h. t.*

Auslegung des Scävola) die Einsetzung des Enkels wirksam, sobald der Fall eintrete, auf den sie berechnet worden, also des Erblassers Sohn beim Anfall der Erbschaft nicht mehr lebe; denn dies sey hier der Fall *qui ex verbis concipi possit.* Ferner sey als Aquilianische Erbeinsetzung die folgende zu behandeln: „filium et nepotem, qui ex eo mihi nascetur, post mortem meam heredes instituo;" oder auch: filium et nepotem ex eo instituo" u. s. w. Dadurch würden Vater und Sohn nicht etwa Miterben, sondern es müsse angenommen werden, daß der Testirer von der natürlichen und gewissermassen nothwendigen Folge, nach welcher der Vater vor dem Sohne erbt, nicht abgewichen sey. — Diese Ansicht hebt alle Bestimmtheit nicht nur der Formeln, sondern auch der Begriffe auf, und hat bereits an A. Faber einen gründlichen Gegner gefunden [33].

33) A. Faber conj. Lib. IX. cap. 10 — 12; Lib. X. c. 1. und in den Errores Pragmaticor. Dec. XXIII. err. VIII. — Man vergl. was oben (Note 11. und in dem dazu gehörigen Texte) über den Grund der Neuerung des Aquilius, ferner, was an einem andern Orte (Note 17.) über die Nothwendigkeit gesagt wurde, die Fragen, mit deren Erläuterung sich Scävola in dieser Stelle beschäftigt, nicht mit einander zu verwechseln. Geht man bei dem §. 1. von dem Gesichtspunkt aus: es habe der Ausdruck dadurch für gleichgiltig erklärt werden sollen, sobald nur aus den Worten die Absicht des Testirers erhelle, den Postumus für den Fall, daß er auf irgend eine Weise Suitätsrecht bei der Delation des Erbrechts erhalten haben würde, einsetzen zu wollen: so begreift man wahrlich nicht, wozu alsdann noch die folgenden Untersuchungen dienen sollten, und wie überhaupt noch irgend ein Zweifel bei den Fällen möglich war, die mit so großer Sorgfalt, man kann sagen, mit einer fast ängstlichen Abwägung der Gründe erörtert werden.

Die Anwendung der Aquilischen Formel erfordert also im wesentlichen: erstlich, daß sowohl der nächste Descendent, als auch der postumus eingesetzt werden, und zwar nicht als Miterben, sondern so, daß beide in verschiedenen Graden stehen [34]). Sodann, daß er als Notherbe, und zwar unter der Bedingung, wenn er bei seiner nach dem Tode des Erblassers eintretenden Existenz Notherbe seyn wird, eingesetzt werde [35]). Dadurch unterscheidet sich denn diese Einsetzung sehr bestimmt von einer blossen Vulgar-Substitution; die für die letztere übliche Formel konnte hier gar nicht einmal angewandt werden, selbst alsdann nicht, wenn man sie etwa so ausgedrückt hätte: „Si filius meus heres non erit, tunc, qui mihi ex eo post mortem meam nascetur nepos, heres esto." Denn diese Substitution umfaßte auch den Fall, wo die Erbschaft dem Sohne deferirt war, und dieser etwa abstinirte; folglich ließ sich alsdann immer noch sagen: der Enkel sey hier nicht als suus heres eingesetzt [36]).

Dagegen eine Enterbung des Sohns war mit der Aquilischen Formel unverträglich. Dies erklärt Scävola da, wo er von der Nothwendigkeit, denselben einzusetzen spricht, mit folgenden Worten: „nam frustra exheredabitur post mortem suam" [37]). — Die Wirksamkeit

34) L. 37. pr. D. de hered. inst. XXVIII. 5. — Vgl. Cressius ad Pr. L. 29. D. h. t. nr. 33 sqq. (Ipdt. Rom. et Att. T. II. p. 247.) Majansius I. I. p. 84 sq. §. XV.

35) Vgl. auch noch Tilling de heredib. inst. vel exher. P. II. p. 66. 70.

36) S. hier insonderheit A. Faber conj. Lib. IX. c. 19.

37) L. 29. §. 12. D. h. t.

einer Enterbung hängt davon ab, daß der eingesetzte Erbe die Erbschaft erwirbt [38]; im Grunde liegt also ein Widerspruch darin, wenn der Erblasser die Möglichkeit des Erbschaftserwerbs von dem Tode des Enterbten abhängig macht, weil man sich diesen dann doch immer, so lange er lebt, als eingesetzten Erben denken muß. So entstand denn sehr natürlich die Regel: die Enterbung kann nicht auf den Todesfall des Enterbten geschehen [39], und da Enterbungen überhaupt nicht begünstigt sind [40], so brachte man diese Regel möglichst strenge zur Anwendung, selbst da, wo jener Widerspruch sich eigentlich nicht findet, wie namentlich hier der Fall ist; der Testirer will nämlich seinen Sohn ausschließen, und einen noch nicht gebornen Enkel von ihm zum Erben einsetzen, um sein Testament aber gegen Ruption vollständig zu sichern, durch seine Einsetzungsformel auch den Fall mit umfassen, wenn der Enkel erst nach dem Tode seines Vaters geboren werden würde. Daß diese Absicht durch Anwendung einer Regel des Civilrechts geradezu nicht erreicht werden konnte, hat lediglich in dem Odium exheredatio-

38) L. 30. pr. D. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII. 4.) L. 12. §. 5. D. *de bon. libertor.* XXXVIII. 2. („Ex testamento autem, ex quo neque adita hereditas est, neque petita bonorum possessio, liberis exheredatio non nocet") — L. 5. §. 2. D. *de her. inst.* — L. 181. D. *de reg. jur.*

39) L. 13. §. 2. L. 29. §. 10. D. *h. t.* Dieser Regel steht auch der L. 28. in f. D. *de condit. inst.* (XXVIII. 7.) nicht entgegen; sie wird vielmehr dadurch noch bestätigt, wie sehr gut dargethan ist, von Foerster *de bon. poss.* p. 65 sq. not. 51. — Auf ähnliche Art erklärt sich Taurellus ad L. Gall. l. c. p. 619.

40) L. 19. in f. D. *h. t.*

num keinen Grund [41]. Wollte er daher seinen Zweck durchsetzen, so mußte er dem Postumus einen Miterben geben, oder demselben wenigstens für den Fall, daß er nicht geboren werden würde, einen Erben substituiren; denn alsdann war ja in jedem Falle Jemand da, der den Sohn ausschloß, mithin fiel der Grund ganz weg, aus welchem allein die Ungiltigkeit einer solchen Enterbung gefolgert werden konnte [42]. — Die Enterbung des

41) Aloisi l. l. p. 652. — *Ant.* Faber conj. Lib. IX. c. 10. p. 257 sqq. — Foerster *de bon. poss.* p. 64. u. p. 122 sq. — Was *Paul.* Castrensis u. a. ältere Interpreten ad h. l. über die Möglichkeit sagen, die Giltigkeit der Einsetzung hier dadurch zu bewirken, daß man den Sohn nicht ausdrücklich enterbe, sondern ihn gar nicht erwähne, zerfällt in sich selbst, da die Präterition eines Notherben ja nicht wirksamer seyn kann, als die Enterbung desselben. S. *A.* Faber l. l. p. 257. Col. B.

42) S. Merenda l. l. Lib. XV. c. III. §. 18. 19. und Foerster l. l. p. 123. not. 47. Durch Quellen-Belege läßt sich die im Texte vorgetragene Modification des obigen Grundsatzes zwar nicht unterstützen; da sie aber die Consequenz für sich hat, so wird man sie wohl zulassen müssen, bis das Gegentheil aus den Quellen selbst nachgewiesen wird. Eine bloße Berufung auf Scävolas Aeußerung in dem §. 10. kann hier nichts entscheiden; denn Scävola trägt ja eben nur den Fall vor, wenn der Testirer den Sohn enterben, und einen noch nicht gebornen Enkel von demselben simpliciter einsetzen will. Zwar ist A. Faber (a. a. O. S. 258 ff.) eifrig bemüht, zu zeigen, daß durch Ernennung eines Miterben, oder durch eine Substitution hier nicht habe geholfen werden können. Allein seine Bemerkungen, so scharfsinnig sie zum Theil sind, würde auch wohl der strengste Anhänger des alten Civilrechts unter den röm. Juristen allzu subtil gefunden haben. Und wenn Faber unter andern erinnert, daß ja eine Enterbung von allen Graden

Nachgebornen selbst konnte übrigens unbedenklich erfolgen [43].

erfolgen müsse, der Sohn aber immer doch in Ansehung des Postumus nicht für gültig ausgeschlossen gehalten werden könne, so konnte (nach der richtigen Bemerkung Merenda's a. a. O.) dieses Hinderniß dadurch beseitigt werden, daß der Erblasser die Enterbung ganz voranstellte. (L. 3. §. 3. D. h. t.) Nun war dafür gesorgt, daß der Sohn unter allen Umständen als ausgeschlossen erschien, d. h. von seinem Leben oder Tod hieng für den Erwerb der Erbschaft nichts ab; denn, wenn auch der postumus nicht geboren wurde, so erbte er darum doch nicht, mithin war sein Recht in Beziehung auf die Erbschaft durch die Art und Weise, wie des Postumus gedacht war, keineswegs im Ungewissen gelassen. — Uebrigens konnte nach dem praktischen Rechte der Erblasser seinen Zweck auch noch wohl auf einem einfacheren Wege erreichen, worüber das Nähere unten bei den Schlußbemerkungen zu dieser Erörterung über die L. *Gallus* vorkommen wird. — Zu weit geht aber Merenda, wenn er (a. a. O. §. 20 sq.) meint: die Enterbung des Sohnes gelte stets, wenn der Testirer die Ausschließung des Sohnes in vollem Ernste beabsichtige (und also dies auch ausdrücke); sie gelte nur dann nicht, wenn ihm eigentlich nur daran liege, daß das Testament nicht agnatione postumi rumpirt werde, und er lediglich durch die Meinung, der Sohn selbst werde vor ihm mit Tode abgehen, bewogen worden sey, denselben, statt ihn einzusetzen, vielmehr zu enterben, weil er dies im Effect für gleichbedeutend hielt. Wenn dergleichen Rücksichten hier entscheiden könnten, so müßte man eher glauben, daß im letztern Falle das Testament aufrecht erhalten worden wäre, vorausgesetzt nämlich, daß der frühere Todesfall des Sohnes wirklich eintrat.

43) *Gaji* inst. II. §. 130. (§. 1. I. *de exher. liberor.*) L. 8. in f. L. 14. pr. et §. 2. D. *h. t.* L. 5. D. *de inj. rupto, irrit. facto test.* — Uebrigens ist die Bemerkung Guerin's (in Otton. thes. IV. p. 74.) nicht ohne Grund, daß die

Soviel hier von den Aquilianischen Postumen; denn die im §. 5 — 9. von Scävola erörterten Fälle, welche sich freilich ebenfalls an die Formel des Aquilius anschließen, können erst verdeutlicht werden, wenn zuvor von den nach der Lex Velleja eingesetzten Postumen (den s. g. Vellejanischen) gehandelt seyn wird.

B) Die Lex Velleja steht dadurch in einem bestimmten Gegensatze zu dem bisher dargestellten Rechte, daß sie auch die Einsetzung der beim Leben des Testirers erscheinenden Postumen gestattet.

§. 11. „Nunc de lege Velleja videamus; *voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum.*"

Von den Neueren werden die nach dieser Lex eingesetzten Postumen häufig als Vellejani primi und secundi bezeichnet, je nachdem die Einsetzung nach dem ersten, oder nach dem zweiten Kapitel der Lex erfolgte [44]. Das

Enterbung des Postumus nicht mit der Aquil. Formel geschehen konnte, da diese Formel ja nur auf Einsetzung gieng. Indessen zweifelte man sicher nie daran, daß, seit ein nachgebornes Kind eingesetzt werden durfte, auch die Einsetzung desselben so gut, wie die eines lebenden Kindes möglich sey. — Vgl. *Barth.* Chesii different. jur. c. 75. in Heineccii Ipdnt. Rom. et. Att. T. II. pag. 840.

44) Gewöhnlich spricht man hier von einer Einsetzung nach der Formel des Vellejischen Gesetzes. Allein das Gesetz schrieb überall keine Einsetzungsformel vor, wie Aquilius. Dieser erfand eine Cautel, welche sich ganz nahe an das geltende Recht anschloß, um auf diesem Wege die Einsetzung entfernterer Postumen möglich zu machen; einer solchen Vermittlung bedurfte der Gesetzgeber nicht, um seine Absicht, die Testamente gegen Ruption zu sichern, durchzusetzen. *A.* Faber conj. IX. c. XVII. p. 277. Col. B.

erste Kapitel soll nach der von Winckler [45] versuchten Wiederherstellung so gelautet haben:

Qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus nondum nati, qui ei suus heres futurus erit, instituendi potestatem habeto. Quique ita scripti erunt, recte instituti sunto, etiam si parente vivo nascantur. Ni instituti sint, vel nominatim exheredati, testamentum ruptum esto.

Einzelne Ausdrücke und Wendungen scheinen hier zu modern, als um sie für verba legitima halten zu dürfen. Indessen stellen sich dieser Wiederherstellung auch noch andere Bedenklichkeiten entgegen. — Scävola äussert sich zuvörderst über den Inhalt des ersten Kapitels so (§. 12.):

„Et *videtur* primum caput eos spectare, *qui quum nascerentur, sui heredes futuri essent.*"

Ganz deutlich und bestimmt war wohl der Ausdruck des Gesetzes nicht. Doch litt das keinen Zweifel, daß der Gesetzgeber bei diesem Theile seiner Disposition solche Postumen vor Augen hatte, welche beim Leben des Testirers geboren wurden und unmittelbar durch ihre Geburt das Recht eines *suus heres* erhalten, seyen es Descendenten des ersten oder eines entfernteren Grades. Aus dem allgemeinen Ausdruck des Gesetzes folgerte man denn auch, daß ein nachgeborner Enkel nicht nur alsdann giltig eingesetzt werden konnte, wenn sein Vater zur Zeit der Testamentserrichtung schon verstorben, oder sonst aus der Gewalt herausgegangen war, sondern auch wenn derselbe damals noch lebte; denn

45) Winckler l. l. §. 11. (opusc. I. p. 276.)

nur auf den Zeitpunct der Geburt des Enkels kommt es hier an, nicht auf die Zeit des errichteten Testaments [46]).

„Ergo et [47]), si filium habeas, et nepotem nondum natum tamen [48]) ex eo heredem instituas, filius decedat, mox vivo te nepos nascatur, ex verbis [49]) dicendum est, non rumpi testamentum, ut non solum illud primo capite notaverit, si nepos eo tempore instituatur [50]), quo filius non sit, verum et si vivo patre."

46) „Quid enim necesse est" (heißt es gegen den Schluß des §. 12.), „tempus testamenti faciendi respici, quum satis sit observari id tempus, quo nascitur."

47) So Cod. Lips. A. B. C. und die oben (Note 14.) citirten ältern Ausg. Contius, Russardus und Pacius lesen mit der Florentina: *et rogo*.

48) Die Florent. Lesart *tantum* st. *tamen* findet sich auch in den Leipz. Codd. und in den meisten Editt. Es fehlt aber auch der bessern Haloandrinischen Lesart (tamen) nicht an handschriftlicher Autorität. S. Franke a. a. O. S. 33. not. 33. Doch sehe ich nicht ein, weshalb Franke die Flor. Lesart für sinnlos erklärt. „Nondum natum tantum" kann heißen: einen nur noch nicht gebornen, aber bereits concipirten Enkel. Majansius l. l. p. 99. §. XLI.

49) Cod. Lips. A: *ex verbis et vernis dic.* Cod. Lips B: *ex vivis dic.* Cod. C: *ex verbis vivis dic.* Besser lesen die oben (Not. 14.) angeführten ältern Ausg. (außer Hal.) *et verius dic.*, wobei man denn das Vorausgehende als Frage denken muß. Franke a. a. O. S. 331. Doch verdient die Flor. Lesart *ex verbis*, welcher auch die bessern Editt. gefolgt sind, unstreitig den Vorzug. Scävola will hier sagen: nach dem allgemeinen Ausdruck des Gesetzes ist anzunehmen, das Testament bleibe giltig.

50) So Cod. Lips. A. u. C. Ferner Hal. *Lugd.* Portn. 1541. *Lugd.* Sennet. *Venet.* Junti 1591. Andere

die Florentina liest: verum et si vivo patre *nascatur*, und auch in anderen Handschriften findet sich diese Lesart [51]. Nichts desto weniger muß das *nascatur* aus überwiegenden Gründen verworfen werden [52]. Das erste Kapitel der Lex Velleja handelte nämlich von Postumen, die unmittelbar durch ihre Geburt Suitätsrechte erhalten. Dies nun wäre für einen nachgebornen Enkel, welcher beim Leben seines Vaters geboren wird, nur möglich, wenn der Vater zu einer Zeit, wo der Postumus bereits concipirt war, durch irgend eine capitis deminutio aufgehört hätte, suus heres des Testirers zu seyn [53]. Und hätte Scävola auch diesen, gewiß nicht

lesen: si nepos ex eo temp. inst. (z. B. *Venet.* Rubeor. 1477 u. *Lugd.* Sylv. 1500). Dagegen die Florentina und nach ihr denn auch *Cont.* *Russard.* Bas. *Geb.* Sp. hat: si nepos, *qui* eo temp. inst., was allen grammatischen Zusammenhang aufhebt. Franke a. a. O. S. 34 Note 35. — Majansius (l. l. pag. 99. §. XLI.) schlägt vor *quidem* zu lesen, und es ist allerdings möglich, daß nur durch falsche Auflösung einer Sigle aus *quidem* ein qui gemacht ist.

51) z. B. Cod. Lips. A. B. — Hal. verwirft das *nascatur*; Contius, Russardus und die meisten Edit. folgen auch hier der Flor. Cujacius ad h. l. will *instituatur* lesen, was dem Sinne auch sehr gut ausdrückt, allein wegen des vorausgegangenen *instituatur* sich schon von selbst versteht. Ueber diesen Vorschlag äußert sich sehr tadelnd *Ant.* Constantius subtil. enodation. Lib. I. c. XXX. (in Ottonis thes. IV. p. 537), allein aus Gründen, die oben im Texte widerlegt worden. S. auch die folgende Note 52.

52) *Ant.* Faber conj. Lib. IX. cap. XVII. und Franke a. a. O. S. 34. not. 36.

53) Denn auch dann wird der postumus als suus heres der

häufigen Fall vor Augen gehabt, so würde er ja doch immer nicht so ganz allgemein haben sagen können, nach dem ersten Kapitel der Lex Velleja sey auch die Einsetzung der noch beim Leben ihres Vaters gebornen Enkel gestattet. Daß er dies aber auch nicht sagen wollte, ergiebt sich überdies auf das Deutlichste aus der Art, wie der Fall gestellt ist: wenn Jemand beim Leben seines Sohnes testirt, dieser nun stirbt und hierauf ein Enkel von demselben zur Welt kommt — „si — filius decedat, et *mox* — nepos nascatur“, so soll die Einsetzung des Enkels nach der Lex Velleja zu Recht beständig seyn. Also lediglich darauf bezog sich der Zweifel: ob nicht der Sohn auch schon zur Zeit der Testamentserrichtung mit Tode abgegangen seyn müsse? und nur dies wird von Scävola verneint. Es ist daher wohl die Annahme ganz unbedenklich, daß das *nascatur* durch ein Versehen des Abschreibers in den Text gekommen sey, — ein Versehen, welches sich übrigens sehr leicht daraus erklärt, daß es kurz vorher heißt: „mox vivo te nepos nascatur,“ und am Schlusse der Stelle wieder von Postumen die Rede ist, welche „parente vivo nascantur“, und zwar noch dazu an dem Orte, wo die Gesetzesworte selbst referirt werden [54].

der Gewalt seines Großvaters unterworfen, §. 9. I. *quib. mod. jus pat. pot. solv.*

54) Von den Vertheidigern der Florent. Lesart beziehen einige die Entscheidung auf den Fall, der doch erst im §. 15. als besonders zweifelhaft vorgetragen wird; wogegen eine Beziehung auf die oben (Note 17.) vorgetragene Bemerkung genügen wird. Andere, welche hier von dem richtigen Gesichtspunkte ausgehen, sind zu zeigen bemüht, daß sich damit das *nascatur* sehr wohl vertrage. So meint Tarullus

Scävola nun, nachdem er sich auf die vorstehende Art über den Sinn des ersten Kapitels geäussert, begründet seine Erklärung (— es komme nur darauf an, daß der beim Leben des Erblassers geborne Postumus unmittelbar durch seine Geburt suus heres werde, nicht aber darauf, ob zur Zeit der Testamentserrichtung ein Näherer vorhanden sey, oder nicht) — durch eine Relation der Gesetzesworte selbst:

„Nam ita verba sunt[55]: qui testamentum faciet, is omnes[56]) virilis sexus, qui ei suus he-

l. l. p. 1620.), es dürfe dies Wort nicht mit dem unmittelbar vorangehenden *vivo patre* in Verbindung gesetzt werden, sondern gehöre zu: si *nepos*, so daß der Sinn sey: „nicht blos wenn der Enkel, welcher später als suus heres geboren wird) erst nach dem Tode, sondern auch wenn er schon beim Leben desselben eingesetzt wird. Auf gleiche Weise erklären die Stelle Merenda l. l. cap. IV. §. 5. Majansius l. l. und Stryk l. l. (opp. praest. P. III. p. 166.) Aber dieser Sinn ist ohne willkührliche Ergänzungen ganz unmöglich.

55) Die Flor. hat: Nam *etsi* ita verba sunt. So auch die Leipz. Codd. und die meisten Editoren. Der Sinn erfordert mit Hal. das etsi wegzuwerfen, wenn man nicht mit Hotman (a. a. O. p. 165.) annehmen will, daß der ursprüngliche Text sey: nam et ita verba sunt. Mit dem richtigen Sinne unverträglich ist die Lesart [illegible], für *nam etsi*, welche Constantinäus a. a. O. (Note 50), vertheidigt, die übrigens auch schon bei der Accurs. Glosse als Variante sich findet.

56) Hal. liest *omnes*, die Flor. *omnis*, und eben so lesen die Leipz. Codd. Einer eigentlichen Lesartsänderung bedarf es hier übrigens nicht, da omnis sehr wohl der alterthümliche Accusativus Pluralis seyn kann, wie er z. B. auch bei Sallust so gewöhnlich ist. S. auch Gellii noct. att. Lib. IX.

res futurus erit [57]) et cetera, etiamsi perente vivo [58]) nascantur."

Daß die Relation nicht ganz vollständig ist, ergiebt sich schon aus dem eingeschalteten *et cetera*. Die ausgelassenen Worte beziehen sich außer Zweifel auf die Bestimmung des Gesetzes, wodurch die Erlaubniß ausgedrückt wurde, solche Postumen einzusetzen; denn (wie es in dem §. 15 heißt) „superiore capite, ut liceat institui nondum natos, qui cum nascentur sui erunt, permittit." Jene Worte hier anzuführen, fand Scävola unnöthig, da Jeder sie, als sich von selbst verstehend, leicht ergänzen konnte. Wie sie ursprünglich lauteten, wird sich schwerlich mit voller Sicherheit ermitteln lassen; der Sinn aber ist gewiß richtig von Langebeck [59]), dem Winckler folgt, so ausgedrückt: *instiduendi po-*

c. 3. — Nur noch bei Finestres l. l. cap. V. §. 2. praelect. Cervar. p. 208.) finde ich dies bemerkt: „Sed quid vetat *omnis* pro omnes positum dicere antiquo more"?

57) Futurus sit liest ed. *Lugd.* Sylb. 1508. — Hal. hat: qui ei sui heredes futuri erunt, und ihm folgt Beck. Die sonst von mir verglichenen Handschriften und Ausgaben lesen, wie die Flor., *qui ei suus her. futurus erit.* —

58) Die Flor. liest: *vivente parente vivo*, was Taurellus in Schutz nimmt (l. l. p. 620. u. E.). Die Leipz. Codd. haben das *vivente* nicht; auch die oben (Note 14.) citirten ältern Ausgaben und Pyrrhus verwerfen es. S. auch die Note bei Geb. Spangenb. — Winckler, der Verfasser der casus schließt den ganzen Satz mit den Worten *et cetera*, und läßt die Erläuterung des zweiten Capitels mit: „Etiamsi (viventa) parente vivo nascantur, sequenti parte" u. s. w. anfangen.

59) Langebeck annot. c. XLI. (Otto thes. T. I. pag. 581.)

testatem habeto. Zu einer weiteren Ergänzung ist aber kein Grund vorhanden. Denn daß Scävola in dem §. 15. den Inhalt des Gesetzes dahin angiebt: dasselbe habe erlaubt „nondum natos" einzusetzen, berechtigt uns noch nicht, diese Worte mit Winckler als verba legitima anzusehen und sie an einer Stelle einzuschalten, wo eine Lücke überall nicht angedeutet ist. Es ist aber auch wirklich gar keine Lücke, außer der obigen, vorhanden; ja die Hinzufügung der Worte: „nondum natos" würde nicht nur eine wahre Tautologie begründen, sondern auch zu dem Ausdruck des nämlichen Gedankens am Schlusse der Stelle durchaus nicht passen. Denn weshalb die Schlußworte nicht für verba legitima gehalten werden sollen, ist nicht abzusehen, zumal da hiedurch allein Sinn und Zusammenhang in die Stelle kommt.

Ob sich in der Lex Velleja überhaupt eine Bestimmung über Enterbung fand? — ist wohl nicht so entschieden zu bejahen, wie man gewöhnlich annimmt. Auch die Aquilianischen Postumen konnten enterbt werden, und dennoch enthält die Formel des Aquillius, welche uns doch vollständig referirt wird, hierüber nichts. Hier griff die Doctrin ergänzend ein (not. 43.), warum sollte dies also auch nicht in Beziehung auf das Vellejische Gesetz der Fall gewesen seyn? Daß also bei Erwähnung der s. g. Vellejanischen Postumen bisweilen auch von deren Enterbung die Rede ist, beweis't nichts für das Gegentheil. Und selbst wenn Ulpian sagt: „Sed et hi, qui post testamentum factum in vita nascuntur, ita demum per Legem Vellejam rumpere testamentum prohibentur, si nominatim sint exheredati" [60]), —

60) L. 3. §. 1. D. *de inj. rupto, irr. facto test.*

so folgt daraus noch keineswegs mit Nothwendigkeit, daß die Exheredation in der Lex vorgeschrieben sey. Ulpian spricht von der Nothwendigkeit, die Postumen namentlich zu enterben, und fügt hinzu: dies gelte auch von den Vellejanischen Postumen, oder: die Vorschrift dieser Lex, daß die beim Leben des Erblassers erscheinenden Postumen ein Testament nicht rumpiren sollen, findet keine Anwendung, wenn der Postumus nicht namentlich enterbt ist. Dagegen schreibt allerdings Justinian der Lex Velleja eine Bestimmung über Enterbung der Postumen zu. Nämlich da, wo er von denen spricht, welche postumorum loco sind, (qui in sui heredis locum succedendo, quasi agnascendo, fiunt parentibus sui heredes) und von der Nothwendigkeit sie einzusetzen, oder zu enterben, damit nicht durch Einrücken derselben an die Stelle eines Näheren das Testament rumpirt werde, fährt er also fort:

„idque lege Junia Velleja provisum est, *in qua simul exheredationis modus ad similitudinem postumorum demonstratur*" [61]).

Und noch bestimmter drückt sich hierüber Theophilus aus, indem er sagt: es sey in der Lex angeordnet, daß man die Quasi-Postumen auf die nämliche Art enterben müsse, wie die Postumen, nämlich den Enkel namentlich, Enkelinen aber inter ceteros, mit Hinterlassung eines Legats [62]). Ein großes Gewicht darf man nur auf die Aeußerung des Theophilus schwerlich legen; sein Streben, Alles recht klar und anschaulich zu machen, verleitet ihn ja auch sonst wohl, etwas zu sagen, was die historische

61) §. 2. I. *de exhered. liberor.*

62) Theophili paraphras. Inst. ad h. l.

Kritik nicht aushält [63]), und daß er hier mehr sagte, als er verantworten konnte, ist in jedem Falle erweislich (S. Note 67). Aber auch Justinians Zeugniß ist nicht unverdächtig. Seine Quelle waren die Institutionen des Gajus; in der Veronesischen Handschrift ist hier eine Lücke, welche (was unsere Stelle betrifft) der Herausgeber aus einem Pandekten-Fragment [64]), also immer doch nur aus einer Ueberlieferung durch die zweite Hand ergänzt hat [65]). Die Pandektenstelle nun schließt mit den Worten: „idque lege Junia Velleja provisum est," was freilich so viel als *cautum est* bedeuten, aber auch den Sinn haben kann: das Gesetz hat es möglich gemacht, der Ruption eines Testaments durch Einsetzung oder Enterbung der Quasi-Postumen vorzubeugen. Was weiter in den Institutionen folgt, kann Gajus so nicht gesagt haben [66]); es kann aber auch in dem Gesetz eine solche Belehrung über die Art und Weise, Postumen zu enterben, wie Justinian angiebt, nicht enthalten gewesen seyn; denn das Gesetz spricht ja nur von männlichen Postumen. Wahrscheinlich also haben hier die Verfasser der Institutionen eine Aeußerung des Gajus über das zu seiner Zeit geltende Enterbungsrecht mit einer Vor-

63) M. s. z. B. was er über die Gesetzeskraft der Plebiscite und Senatusconsulte zu §. 5. *Inst. de jure nat. gent. et civili* erzählt, ferner den Begriff, welchen er von der literarum obligatio giebt (Tit. *de lit. obl.*) u. m. dgl.

64) L. 13. D. *de inj. rupto irr. facto test.* (*Gajus* lib. II. Inst.)

65) Lib. II. §. 133. 134.

66) S. Göschens Bemerk. hiezu (Note 48. der 2ten Ausg.).

schrift der Lex verwechselt [67]). Auffallend bleibt es endlich auch, daß Scävola, welcher es sichtlich auf eine vollständige Erläuterung der Lex Velleja angelegt hat, die dahin gehörigen Worte nicht mitgetheilt haben sollte, falls das Gesetz eine ausdrückliche Bestimmung über Enterbung der Postumen enthielten. — Doch mag dies, jener Zeugnisse wegen, daß die Lex irgend eine Bestimmung über Enterbung enthalten habe, immerhin zugegeben werden: in dem ersten Kapitel der Lex Velleja kann eine solche Bestimmung nicht gestanden haben; denn dessen Vorschrift gieng darauf: *ut liceat institui nondum natos, qui cum nascentur sui erunt* [68]). Es wird dies mit solcher Bestimmtheit als eine charakteristische Eigenthümlichkeit dieses Kapitels hervorgehoben, und in einem so entschiedenen Gegensatze zu dem Inhalte des zweiten Kapitels gestellt, es wird ferner da, wo Scävola die Worte des ersten Theils der Lex erläutert (N. 12), so recht geflissentlich nur von einer Erbeseinsetzung gesprochen [69]): daß eine bloße Berufung auf Ulpians oben (Note 60) angeführte Stelle es gewiß nicht rechtfertigen kann, wenn man dem ersten Kapitel eine

67) Was sich in der Veronesischen Handschrift erhalten hat, ist Folgendes: — — „virilis sexus nominatim, feminini vel nominatim, vel inter ceteros exheredentur, dum tamen iis, qui inter ceteros exheredantur" (scil. aliquid legetur). Unmöglich aber referirte Gajus hier das Recht der Lex Velleja, da die Lex nur der postumi virilis sexus erwähnte: mithin dürfen wir das, was auf die Worte: „idque — — provisum" folgte, für eine bloße Doctrinalbemerkung halten.

68) L. 29. §. 15. D. *h. t.*

69) z. B. ut non solum illud *primo capite notaverit*, si nepos eo tempore *instituatur* u. s. w.

Bestimmung über Enterbung zuschreibt [70]. — Eher könnte eine solche Vorschrift in dem zweiten Kapitel gestanden haben, von welchem es heißt vetat, vel prohibet rumpi testamentum [71]); vielleicht war sie auch als allgemeine Bestimmung dem zweiten Kapitel nur angehängt. Doch muß dies bei dem Mangel aller genaueren Nachrichten auf sich beruhen bleiben.

Ich glaube also, daß man sich bei der Restitution des ersten Kapitels auf die in dem §. 12 referirten Gesetzesworte und auf die weggelassene Gestaltungsformel beschränken müsse, und mag hiernach dieser Theil des Gesetzes etwa so gelautet haben:

„*Qui testamentum faciet is omnis virilis sexus qui ei suus heres futurus erit instituendi potestatem habeto et si parente vivo nascantur.*“

Vellejus beabsichtigte eine Erweiterung des früheren Rechts, wonach nur die nach dem Tode des Erblassers gebornen Postumen eingesetzt werden durften. In dem ersten Theile seines Gesetzes nun beschränkt er sich nicht darauf, den von ihm erst einzuführenden neuen Rechtssatz aufzustellen, sondern das Gesetz umfaßt Alle und Jede, welche durch Geburt Suitätsrechte erhalten:

„Wer künftig ein Testament errichtet, soll alle Personen männlichen Geschlechts, wer von diesen ihm suus heres seyn wird, einsetzen dürfen, auch die bei des Erblassers Leben gebornen.“

70) Einen andern Grund aber hat Winckler für die Aufnahme der Worte: vel nominatim exheredati nicht. Man sehe dessen angeführte Schrift §. XI. pag. 277.

71) L. 29. §. 15. D. *h. t.*

Alle Personen männlichen Geschlechts. Nur diese hatten nämlich nach der damals noch geltenden Lex Voconia ein vollständiges testamentarisches Erbrecht [72]. Diese Stelle bestätigt also die Ansicht, daß die Lex Voconia nicht einmal die Erbeinsetzung der eignen Töchter gestattet habe [73]. Daß *omnis* hier der alte Accusativ ist, wurde oben (Note 56) schon bemerkt. Statt: *qui ei suus heres futurus erit* liest Haloander: *qui ei sui heredes futuri erunt*; offenbar nur, um die Härte zu vermeiden, welche durch das Einschieben

72) Franke Notherbenrecht S. 34. Not. 38. a. E. — Die ältern Interpreten halten meistens das omnis für den Genitiv, und ergänzen dabei: *descendentis* (also qui per virilem sexum descendunt), da Vellejus nur die Einsetzung von sui heredes gestattete, Frauen aber solche Erben nicht haben können. So die Glosse ad h. l. Bartolus, Alciati (l. l. p. 665 sqq.), Duarenus (l. l. p. 360. B.), Goveanus (l. l. §. 33.), A. Faber (conj. Lib. IX. c. 17. p. 287. in f.), Merenda (c. IV. §. 7.) — Auch Hotman (l. l. p. 165.) hat die nämliche Idee, glaubt aber, daß der Text so corrigirt werden müsse: *qui virilis sexus testamentum faciet, is omnem*, qui ei suus heres u. s. w. — Cujacius dagegen bezieht die Vorschrift darauf, daß nur männliche Descendenten namentlich enterbt werden durften, glaubt also, daß hierauf zunächst die Bestimmung der Lex Velleja gegangen sey (ad h. l, ed. Par. P. 1. p. 1101.). Ihm folgen Guerin (bei *Otto* P. IV. p. 77.) und van de Poll de exher. et praet. c. XI. §. 5. — Winckler (a. a. O. §. 15.) zieht gar die bekannte Rechtsregel hieher, daß, wenn das Gesetz auch nur das männl. Geschlecht nenne, die Bestimmung desselben in der Regel auch auf das weibliche mitzubeziehen sey. (L. 1. L. 195. pr. D. *de verb. sign.* L. 62. in f. D. de legat III.)

73) S. oben Note 65. in f. S. 166.

des im Singular gestellten Satzes entsteht [74]. Indessen sind Härten dieser Art in den älteren Gesetzen und andern juristischen Urkunden nichts ungewöhnliches, und auch aus grammatischen Gründen ist eine Aenderung nicht nöthig.

Die Schlußworte — et si parente vivo nascantur — enthalten den eigentlichen Kern der gesetzlichen Disposition. Parens ist hier nicht blos der Vater des Postumus, sondern überhaupt der Testirer [75], der ja allemal ein Ascendent des Postumus seyn muß. Also auch wer beim Leben des Erblassers als suus geboren wird, soll eingesetzt werden können. Freilich ist dies Resultat immer nicht mit hinreichender Klarheit und Bestimmtheit in dem Gesetze ausgedrückt; denn so wie die Worte lauten, könnte die Disposition auch allenfalls auf den Fall bezogen werden, welchen Scävola in dem §. 15. als einen solchen bezeichnet, der sich weder aus dem ersten, noch aus dem zweiten Kapitel der Lex Velleja entscheiden lasse: wenn nämlich ein Enkel beim Leben seines Vaters und seines Großvaters (des Erblassers) geboren wird, der erstere aber vor dem letztern mit Tode ab-

74) Aus ähnlichen Gründen mag auch die oben (Note 57) anmerkte Variante: sit statt erit entstanden seyn. Allein die Unbestimmtheit, welche hier die Construction weniger hart erscheinen läßt, schadet auf der andern Seite der Bestimmtheit des auszudrückenden Gedankens selbst.

75) Cujacius ad h. l. (P. 1. p. 1101. in f.) Pothier Pand. Justin. P. II. p. 188. Nr. XLIII. not. m. Franke a. a. O. S. 34. — Die oben (Note 58.) erwählte besondere Abtheilung der §§. bei Vivianus ist ohne Zweifel dadurch veranlaßt, daß man den Ausdruck parente auf den Vater eines eingesetzten Enkels bezog.

geht, und nun der Enkel an dessen Stelle tritt. Auf ihn passen die in dem Gesetze angeführten Merkmale ganz: er ist beim Leben des Testirers geboren und hat Suitätsrechte erlangt. Da indessen wohl nicht bezweifelt werden konnte, daß Vellejus bei diesem Theile seiner Disposition an die Fälle überall nicht dachte, wenn ein Näherer wegfällt und ein Anderer durch das Einrücken an dessen Stelle Suitätsrechte erhält, so interpretirte man die Worte einschränkend, oder man verstand diesen Theil des Gesetzes nur von solchen Posthumen, welche unmittelbar durch ihre Geburt sui heredes werden. So erklärt es sich denn, daß Scävola gerade über diesen erheblichen Punkt sich nur problematisch äußert; (et *videtur* primum caput eos spectare, qui cum *nascerentur*, sui heredes futuri essent[75]).

Das zweite Kapitel der Lex Velleja restituirt Winckler [76]) auf folgende Art:

> *Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi ejus, nepotes, et deinceps sequentes in locum suorum sui heredes succedunto, neve ob eam rem, quod succedunt, testamentum minus ratum esto. Ni autem instituti fuerint, vel exheredati, ruptum esto.*

Betrachten wir auch hier vor allen Dingen den Inhalt der Stellen, worauf sich diese Restitution gründet.

§. 13. „Sequente parte *succedentes in locum liberorum non vult lex rumpere testamentum;* et ita interpretandum est, ut si et filium et nepotem [77]), et pronepotem habeas, mor-

76) Winckler l. l. §. XV.

77) Cod. Lips. A: *ut etiamsi filium aut nepotem*; B: *ut*

tuis utrisque[78]), pronepos institutus, succedens in sui heredis locum, non rumpat. Et bene verba se habent: *si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit*, ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilii sententia diximus; nec solum, si nepos vivo patre decedat, nec succedens pronepos avo mortuo rumpat, sed etsi supervixerit[79]) patri, ac decedat, dummodo heres institutus sit, aut exheredatus."

Hiernach enthielt die Lex ganz allgemein die Vorschrift: dadurch, daß ein suus heres wegfällt und ein Anderer an seine Stelle tritt, wird das Testament nicht rumpirt; (nämlich der Testirer kann die Ruption verhüten, wenn er die succedirenden Postumen im Testamente einsetzt, oder enterbt). Ob auch die entfernteren Descendenten im Gesetz näher bezeichnet wurden, mag hier dahin gestellt bleiben. Jedenfalls umfaßte der allgemeine Ausdruck der Disposition von selbst alle Grade und alle Fälle solcher Descendenten, welche der Gesetzgeber hier überhaupt vor Augen hatte, so daß in dieser Hinsicht der Interpret sich auf eine Entwickelung und Anwendung des Wortverstandes beschränken durfte, nicht aber nöthig hatte, erst durch künstliche Schlußfolgerungen das Feh-

si et filium et aut nep.; C: *ut etiamsi et fil. et aut nepot.* In ähnlicher Art variiren die Ausgaben.

78) So die drei Leipz. Codd., Hal. und die sämmtlichen oben (Note 14.) angef. ältern Ausg. Die Flor. lies't *utique*, und ihr folgen, wie gewöhnlich, CONTIUS, RUSSARDUS, PACIUS.

79) Cod. Lips. B. C. Hal. und die vorhin erwähnten ältern Ausgaben. Die Flor. hat supervixit.

lende zu ergänzen, wie dies bei der Auslegung der, nur von Enkeln redenden Aquilischen Formel der Fall war. Scävola hält es daher auch für ganz unbedenklich, den am Schlusse erwähnten Fall, — (wenn nämlich zur Zeit des errichteten Testaments ein Sohn, und von diesem ein Enkel und ein Urenkel des Erblassers vorhanden sind, und nun entweder der Enkel vor seinem Vater, oder dieser vor Jenem verstirbt), — nach dem Gesetze zu entscheiden. Dabei sind indessen die Worte: „nec succedens pronepos avo mortuo rumpat" den Auslegern von jeher anstößig gewesen. Hotman bezeichnet den ganzen Satz, als „contortam et ineptam Cervidianam locutionem, homini graece quam latine doctiori consentaneam" [80]; hat sich übrigens den Fall ganz unrichtig gedacht, wie schon daraus hervorgeht, daß nach seiner Meinung Scävola statt *nec* succedens, besser gesagt hätte: *ut non* succedens; „hoc modo, ut succedens postea gradatim pronepos in avi sui mortui locum non rumpat." Ant. Goveanus [81]) und Cujacius [82]) schlagen vor, zu lesen: *ne* succedens *nepos* avo mortuo rumpat," woraus sich denn folgender Zusammenhang ergeben soll: „die Einsetzung des Urenkels besteht nicht blos alsdann, wenn der Enkel vor seinem Vater stirbt, und also, auch wenn er präterirt wäre, das Testament seines Großvaters nicht rumpiren würde, sondern auch, wenn er seinen Vater überlebt;

80) Hotmani Scholae ad h. l. p. 167 sq..

81) Ad leg. *Gallus* §. 34. (opp. p. 81.)

82) Ad h. l. opp. ed. Par. P. I. p. 1102. Ihm folgt, wie immer, *R. Jos.* Pothier Pand. Justin. ad *h. t.* Nr. XLIV. (P. II. p. 189.) not. k.

nur, muß er in diesem Falle gehörig eingesetzt oder enterbt seyn." Indessen gegen diese s. g. Emendation streiten alle mögliche Gründe: sie wird durch kein äusseres Zeugniß unterstützt [83]), — sie hebt alle wortgemäße Interpretation auf, indem man sich genöthigt sieht, der Partikel *ne* die Bedeutung beizulegen, als ob der ganze Satz so lautete: „adeoque successione nepos non rumpat," — sie läßt sich endlich mit anderen in der Stelle vorkommenden Aeusserungen, namentlich mit „*avo mortuo*" schlechterdings nicht vereinigen. Cujacius glaubt, daß hierunter der Testirer verstanden werden müsse, und daß, wenn auf die Wirkung gesehen werde, man wohl sagen könne: ein Testament werde erst nach dem Tode des Testirers rumpirt. Allein dieß ist in der Sache selbst unrichtig, und mit dem entschiedensten Sprachgebrauche der Alten im Widerspruche stehend [84]). — Francke ist zwar für Beibehaltung des pronepos, will aber statt *nec* lesen *ne*, weil das erstere Wort sich gar nicht construiren lasse [85]). Allein dadurch wird die Schwierigkeit nur vermehrt, indem ja so wenig gesagt werden kann, der Urenkel rumpire das Testament stets, wenn sein Vater vor demselben stirbt, noch er rumpire es nie, wenn sein Vater vor demselben stirbt. Es kommt hier vielmehr Alles darauf an, daß der Vorhergehende eingesetzt (oder enterbt) sey, und darauf kann allerdings der Umstand von Einfluß seyn, ob der Vater des Urenkels vor oder nach seinem Vater mit Tode abgeht.

83) Doch gilt das nur von dem Worte *nepos*; über das *ne* s. m. Francke Notherbenrecht S. 36. Not. 41. a. E.

84) *Gaji* inst. II. §. 138. 141. 143. *Ulp.* XXIII. §. 2. Hotomanus l. l. p. 167 in F.

85) a. a. O. S. 36. not. 41.

An und für sich brauchten nämlich nur Söhne eingesetzt oder enterbt zu werden, die Enkel konnte derselbe präteriren, in welchem Falle das jus accrescendi für dieselben eintrat. Als Postumen waren aber auch Enkel einzusetzen (s. die vor. Note); war dies also nicht geschehen, so half die Einsetzung und Enterbung der Urenkel selbst in dem Falle nichts, wenn der präterirte Enkel vor demselben (seinem Sohne) gestorben und diesem das Erbrecht an der urgroßväterlichen Verlassenschaft eröffnet war, indem dem vorgehenden Grade sein Recht wiederfahren seyn mußte, damit der nachfolgende für giltig eingesetzt oder ausgeschlossen gehalten werden konnte [86]. Denken wir uns nun bei dem von Scävola vorgetragenen Falle (— Sohn, Enkel, Urenkel sind zur Zeit der Testaments-Errichtung am Leben) — das Nähere so: der testirende Urgroßvater übergeht den Enkel (dessen naher Tod vielleicht vorauszusehen war), setzt aber den Urenkel ein. Stirbt der Sohn des Testirers zuerst, so ist nun das Testament rumpirt, da der präterirte Enkel als postumus an die Stelle seines Vaters tritt; stirbt aber der Enkel beim Leben seines Vaters, so ist er nie postumus geworden, seine Präterition kommt also auch für den institnirten Urenkel in keinen Betracht, da dieser, wenn er als postumus einrückt, nicht dem Vater, sondern dem Großvater succedirt. Nur muß auch dieser — der Sohn des Testirers — giltig eingesetzt seyn, denn sonst ist es ja der Urenkel ebenfalls nicht, rum-

86) L. 7. L. 9. §. 2. (*verb*. Diversumque est *etc*. D. *h. t*. — L. 6. §. 3. D. *et inj. rupto*) *irr. facto test*. „Succedendo sui non rumpunt, si vel fuerint instituti, vel exheredati ab eo gradu, ad quem hereditas defertur, scil. *si gradus ille valeat*."

pirt mithin allemal das Testament, wenn er beim Tode des Urgroßvaters der nächste Erbe ist, d. h. er succedirt nicht aus dem Testament, welches vielmehr ganz über den Haufen fällt, sondern als Intestaterbe.

Hiedurch nun ist Alles erklärt, und zugleich die Richtigkeit der gewöhnlichen Lesart erwiesen. Scävola sagt: die Einsetzung des Urenkels ist nach dem Vellejischen Gesetze giltig, nicht blos wenn der Enkel vor seinem Vater stirbt, sondern auch wenn er denselben überlebt. Bei beiden Sätzen fügt er die Bedindung hinzu, unter welcher die Einsetzung des Urenkels nur bestehen kann, daß nämlich der demselben vorgehende Grad im Testamente gehörig berücksichtigt seyn müsse. Diese Bedingung drückt er für den zweiten Fall direct aus (— vorausgesetzt, daß alsdann auch der Vater des Urenkels eingesetzt oder enterbt ist,) — für den ersten aber in der Art, daß er sagt: nur darf er nicht selber, wenn er in die Stelle seines Großvaters einrückt, das Testament rumpiren, d. h. mit anderen Worten: nur muß auch der Großvater eingesetzt oder enterbt seyn[87].

87) Mit dieser Erklärung stimmen auch im Wesentlichen überein: *H.* DONELLUS (opusc. post. p. 160.), *Gabr.* VALLIUS bei OTTO (T. I. p. 415 sq.), *A.* FABER (conj. X. c. 2.), *Barth.* CHESIUS (interpretat. Lib. I. cap. 49. ad h. l. nr. 13. in Ipdtia Rom. — Att. T. II. p. 266.); wie es scheint auch MERENDA l. l. c. V. §. 31. 32. — SUERIN (bei OTTO. T. IV. p. 79.) vertheidigt zwar ebenfalls die gewöhnliche Lesart, nimmt aber an, daß hier die gewöhnliche Ruption des Testaments durch den Urenkel gemeint seyn könne, wenn derselbe nicht eingesetzt oder enterbt sey.

Und hieran knüpft Scävola einen anderen Fall, der ihm zweifelhafter erscheint, bei welcher Gelegenheit er aber die gesetzlichen Worte noch vollständiger referirt, als bei der vorhergehenden Erörterung. Zur Zeit der Testaments-Errichtung befand sich der Sohn des Testirers in feindlicher Gefangenschaft, und ein zurückgebliebener Enkel von demselben wurde in dem großväterlichen Testamente eingesetzt. Kehrt der Sohn aus der Gefangenschaft zurück, gleichviel ob vor oder nach dem Tode des Testirers, so ist nun in jedem Falle das Testament jure postliminii für rumpirt zu halten [88]). Wie nun aber, wenn er in der Gefangenschaft stirbt? Und kommt es hier etwa darauf an: ob er vor oder nach seinem Vater gestorben ist? Denn Vellejus gestattet nur im Allgemeinen die Einsetzung der nachrückenden Postumen, bestimmt aber nichts über den Zeitpunkt, wann der vorgehende aufgehört habe, suus heres zu seyn. Man konnte also vielleicht sagen: so lange es noch ungewiß ist, ob der Sohn zurückkehren werde, kann auch noch von keiner Succession des Enkels in seines Vaters Stelle die Rede seyn, mithin muß, soll anders das großväterliche Testament zu Recht bestehen, der Sohn vor dem Testirer mit Tode abgehen. Scävola scheint diesen Zweifelsgrund nicht für unerheblich zu halten, obgleich er entgegengesetzt, also für die Giltigkeit des Testaments, entscheidet.

§. 14. „Videndum, num hac posteriore parte: *si quis ex suis heredibus suus heres esse de-*

Allein dies konnte keinen Zweifel veranlassen, da es ja ausdrücklich heißt: der Urenkel sey eingesetzt, und nur von dem Rechtsbestande dieser Einsetzung die Rede ist.

88) §. 4. I. *de hered. quae* ab int. — L. 29. §. 10. D. *h. t.* L. 6. §. 1. 2. D. *de inj. rupto irr. facto test.*

sierit, liberi ejus, et caetera [89]), *in locum suorum sui heredes succedunto* [90]), possit interpretatione [91]) induci, ut, si filium [92]) apud hostes habens nepotem ex eo heredem instituas, non tantum, si vivo te filius decedat, sed etiam post mortem, antequam ab hostibus reversus fuerit, succedendo non rumpat [93])? Nihil enim addidit, quo significaret tempus, nisi quod audentur (*al*, audacter), possis dicere, vivo patre hunc suum heredem esse desiisse, licet post mortem decedat, quia nec redit, nec potest redire."

So gar kühn scheint nun die Annahme eben nicht, daß der Sohn mit dem Augenblick der Kriegsgefangenschaft aufgehört habe, suus heres zu seyn. Denn Kriegsgefangenschaft bewirkte capitis deminutionem maximam,

89) So lesen mit der Flor. die Leipz. Codd., auch Contius, Russardus, Pacius; *et ceteri* haben: *Venet.* Rubeor. 1477. Tort. 1502. *Lugd.* 1500. *Hal. Lugd.* Porta 1541. Sennet. 1550. *Venet.* Junt. 1592 u. A.

90) Die Leipz. Codd. lesen *in loc. suorum heredum succedant.* (ohne das sui). In locum suorum heredum sui succedunt haben *Venet.* Rubeor. Tortis 1502. *Lugd.* Sylb. 1500. *Lugd.* Porta. 1. 1541. *Lugd.* Senneton. 1550. Die Flor. Hal. *Lugd.* Porta 1552 u. 1557. *Venet.* Junt. 1592 u. A. lesen *succedunto.*

91) Die in der vorigen Note angef. Handschriften und Ausgaben lesen *per interpretationem.*

92) Cod. Lips. A. et C: ut *et* si silium.

93) So Cod. Lips. A. B. Hal. und die Note 90. angef. drei letzten Ausgaben. — Flor. *rumpet*, die in der gedachten Note zuerst angeführten drei Ausg.: *rumpit*

also auch ein Aufhören der bisherigen Familienrechte; nur war dies durch das postliminium gemildert, wodurch der Kriegsgefangene nach seiner Zurückkunft die verlornen Rechte so wieder erhielt, als habe er sie nie verloren, weshalb denn, so lange die Rückkehr noch möglich war, inzwischen Alles in suspenso blieb [94]). Nun sollte man denken, es habe Niemand darüber zweifelhaft seyn können, daß, wenn der Gefangene im Feindes Lande starb, der Verlust seiner Rechte sofort mit seiner Gefangennehmung eingetreten sey, da dies ja ohnehin die Regel, das Postliminium bloße Ausnahme war, mithin der Natur der Sache nach überall nicht wirksam seyn konnte, wenn die Bedingung, woran diese Ausnahme geknüpft war, überall nicht eintrat. Und daß dieß auch die praktisch herrschende Ansicht gewesen sey, ist außer Zweifel [95]). Wenn nun demungeachtet dar-

94) *Gaji* inst. I. §. 129. *Ulp.* Fragm. X. §. 4. §. 5. I. *quib. mod. jus pat. pot. solv.* L. 9. §. 2. D. *h. t.* L. 15. D. *de suis et legit.* (XXXVIII. 16.). L. 12. §. 1. 3. D. *de capt.* (XLIX. 15.). — *Luc. van de* Poll de exher. et praet. cap. XIV. §. 9.

95) S. die in der vor. Note angeführten Stellen, und außerdem: L. 22. §. 2. D. *de captivis* (*Julianus* Lib. LXII. Dig. „reverso patre, existimatus nunquam suae potestatis fuisse [filius] mortuo *tunc paterfamilias fuisse, cum pater ejus* in hostium potestatem perveniret. — L. 29. §. 10. D. *h. t.* („In omnibus his speciebus illud servandum est, ut filius — — — sit heres institutus — —; *quod non est necesse* [so lesen die Leipz. Codd. die Note 91. angeführten Ausgaben und Hal.; über die Flor. Lesart s. Merenda controv. Lib. XV. c. III. §. 22. und die Note bei Geb. Sp.] *in eo filio, qui apud hostes est, si ibi decedat.*" L. 31. D. *h. t.* (*Paul.*

über gestritten wurde, ob auch alsdann, wenn der Gefangene beim Feinde starb, das Aufhören seiner Rechte erst vom Eintritt seines Todes, oder schon vom Zeitpunkt seiner Gefangenschaft zu datiren sey [96]? so erklärt sich dies wohl daraus, daß das Postliminium uralt [97]), und nicht einmal der Ursprung des Namens mehr

Lib. II. ad *Sabin.* „Dum apud hostes est filius, *pater jure fecit testamentum*, *et recte eum praeteriit.*" L. 6. §. 1. D. *de inj. rupto, irr. facto test.* (Ulp. Lib. X. ad *Sabin.* — — „si pater ejus, qui mortis tempore in utero fuit, apud hostes erat, nepos — — testamentum rumpet, quia suprascripta persona ei non obstat; *nec enim creditur in rebus humanis fuisse, cum in ea causa decedat.*") L. 18. D. de *capt.* (*Ulp.* Lib. XXXV. ad *Sabin.*" In omnibus partibus juris is, qui reversus non est ab hostibus *quasi tunc decessisse videtur, cum captus est.*")

96) *Gaji* inst. I. §. 129. „Sed utrum ex hoc tempore, quo mortuus est apud hostes — an ex illo, quo ab hostibus captus est, dubitari potest." L. 29. §. 6. u. §. 14. D. *h. t.*

97) Gleichgültig ist dabei, ob das Postliminium ein Institut des jus gentium ist, (was in Beziehung auf die allgemeine Grundlage und Bedeutung dieses Rechts nicht bezweifelt werden darf. — Paulus in L. 9. pr. D. de *capt.* Festus de V. S. v. *postliminium* in D. Gothofredi auctt. Lat. ling. p. 372.), oder ob es dem röm. Civilrecht angehört. (Vgl. *H.* Grotius de jure belli et pacis Lib. III. cap. IX. §. 2. et 10. *Jos. Ferd.* de Retes de postliminio juris Gentium et Quiritum, cap. III., bei Meerman. T. VI. p. 282 sq. *Greg.* Majansius Disput. jur. P. I. Disp. XIII. §. 28 sqq.— Mit dem seit Alters her anerkannten Begriff des Postliminium verträgt es sich auch sehr wohl, daß über einzelne Wirkungen lange gestritten werden konnte, (m. s. die Note 94 — 96 angeführten Stellen und den größten Theil des

mit Sicherheit nachzuweisen war[98]), so daß man darin nicht sowohl eine durch die Billigkeit hervorgerufene Ausnahme eines alten Rechtssatzes, als vielmehr eine sich von selbst verstehende Einschränkung des Kriegsrechts erblickte. Für den hier zur Frage stehenden Fall kam aber noch hinzu, daß die Lex Velleja bestimmt hatte, die entfernteren Descendenten sollten nachrücken: „si quis ex suis heredibus suus heres *esse desierit*.“ Dies aber konnte man genau genommen nicht sagen, so lange die Rückkehr des gefangenen Sohns noch möglich war, indem ja in Folge des jus postliminii dessen Rechte nur suspendirt wurden[98a]). Indessen entschied sich Scävola, wie gesagt, dahin, daß auch hier Alles auf den Erfolg ankommen solle, mithin, wenn der Gefangene nicht zurückkehre, anzunehmen sey, er habe bereits beim

Pandektentitels *de captivis et de postliminio*), und von dieser Seite betrachtet hat es auch nichts widersprechendes wenn die Entscheidung der Frage: ob ein aus feindlicher Gewalt zurückkehrender Sohn, dessen Vater inzwischen verstorben war, Suitätsrechte habe? der Lex Cornelia zugeschrieben wird; L. 9. Cod. *de postlim. revers.* (VIII. 51.) Schrader ad §. 5. Inst. *quib. mod. jus pot. solv.* p. 89. M. s. indessen unten die Note 23.

98) *Cic.* Top. cap. 8. Menagii amoenit. jur. civ. cap. XXXIX. h. v. Schrader ad Inst. l. l. p. 90.

98a) L. 9. §. 2. D. *h. t.* — — si in hostium potestate filius sit, et decesserit in eodem statu, rumpit — — nepos testamentum, quod moriente avo filii jus pependerit, non abscissum fuerit.“ (S. auch unten den Text zur Note 20.). Und deutlicher noch heißt es in L. 1. §. 4. D. *de suis et legit.* XXXVIII. 10. „quodsi filius apud hostes sit, *quamdiu vivit, nepotes non succedant*.“

Leben seines Vaters die Suitätsrechte unwiederbringlich verloren gehabt [99].

Dagegen der Fall läßt sich gerade zu weder unter das erste, noch unter das zweite Kapitel bringen, wenn der Testirer einen noch nicht gebornen Enkel von einem lebenden Sohne einsetzt, und der Enkel bereits beim Leben seines Vaters geboren wird, beim Tode des Großvaters aber an die Stelle seines inzwischen verstorbenen Vaters eingerückt ist. Denn das erste Kapitel spricht von den Postumen, welche unmittelbar durch ihre Geburt Suitätsrechte erhalten, das zweite von solchen, die zur Zeit der Testamentserrichtung bereits geboren sind, später aber an die Stelle eines ihnen vorhergehenden Ascendenten einrücken: Hierüber nun äußert sich Scävola (§. 15) also:

„Ille casus in difficili est, si filium habens et nepotem nondum natum instituas, isque nascatur vivo patre suo ac mox pater decedat. Non enim suus heres est tempore, quo nascitur [100], nec posteriori alius [1] succedendo pro-

99) Im Wesentlichen hiermit übereinstimmend sind *A.* Faber conj. Lib. X. c. III. (auf dessen Erörterung ich weiter unten im dritten Abschnitte [C] wieder zurückkommen werde); *Ant.* Merenda controv. Jur. Lib. XV. c. VI. §. 3–8, und *Greg.* Majansius ad trig. Ictor. fragm. P. II. p. 102. §. XLIV.

100) So die Leipz. Codd. u. Hal. Die schlechtere Flor. Lesart nascatur (jedoch ist in der Handschr. nascitur corrigirt) findet sich in den oben Note 14. angeführten Editt., wie auch bei Contius, Russardus und Pacius.

1) So lesen die Leipz. Codd., Hal. und die meisten ältern Editt. Flor. hat alii und auf ähnliche Art liest *aliis:*

hiberi videtur rumpere, quam qui jam natus erat [2]. Denique et superiore capite, ut liceat institui nondum natos, qui, cum nascentur sui erunt, permittit [3]; posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi, neve ob eam rem minus ratum esset, quod succedit. Porro procedere debet, ut utiliter sit institutus, quod nullo jure potuit, qui nondum natus erat." —

Diese ganze Argumentation erscheint auf den ersten Anblick höchst unklar, und besonders die Art, wie die einzelnen Gedanken verknüpft werden, schwerfällig. Doch darf man nicht vergessen, daß Scävola hier nicht seine Ansicht frei entwickelt, sondern ein Gesetz interpretirt, und namentlich untersucht, ob der aufgestellte Fall darunter zu subsumiren sey, oder nicht. Dies machte ein Anschließen an den Ideengang und an die Worte des Gesetzes selbst nöthig, und daraus entwickelte sich denn ganz natürlich der am Schlusse angeführte Zweifelsgrund („Porro procedere debet" u. s. w.). — Scävola nun sagt: das erste Kapitel paßt hier nicht: „non enim suus heres est tempore, quo nascitur;" das zweite nicht, da seine Vorschrift: durch das Nachrücken an die Stelle eines suus heres solle ein Testament nicht rumpirt werden, nur von den bei Errichtung des Testaments bereits gebornen Descendenten entfernterer Grade verstanden

Venet. Junt. 1591. (Die Flor. Lesart vertheidigt auch Merenda l. l. c. VI. §. 10., da das *prohiberi videtur* sehr gut auch mit dem Dativ construirt werden könne.)

2) So die Leipz. Codd. Hal. und die meisten ältern Ausgaben. Flor. liest erit.

3) Cod. Lips. B. und Hal. Flor. *permitti*.

werden kann; („nec posteriori alius succedendo *prohiberi videtur* rumpere, quam qui jam natus erit"). Dies war also nicht mit klaren Worten in dem Gesetze ausgedrückt, sondern ergab sich nur folgeweise aus dessen Fassung. Daher fährt denn Scävola so fort: Denn nur in dem ersten Kapitel gestattet das Gesetz die Einsetzung noch nicht Geborner [4]), in dem zweiten dagegen erlaubt es gar nichts, sondern verbietet die Ruption, welche früher eintrat, wenn an die Stelle eines wegfallenden suus ein anderer einrückte [5]); dieß zweite Kapitel setzt also offenbar voraus, daß die nachrückenden Descendenten bei Errichtung des Testaments bereits geboren waren, es mithin zu ihrer Einsetzung keiner besonderen Erlaubniß bedurfte. Nur die Ruption soll verhütet werden. Dies läßt sich lediglich dadurch erreichen, daß der Nachrückende giltig eingesetzt wird [6]); ein noch nicht Ge-

4) So glaube ich das „Denique — — — permittit" ausdrücken zu können. Die Partikel *denique* dient hier, wie auch sonst häufig, zumal bei den römischen Juristen, zur Einleitung eines Satzes, wodurch ein vorausgehender entweder begründet, oder näher bestimmt und erläutert werden soll. Unsere gewöhnlichen Wörterbücher, selbst die besten (z. B. Forcellini) wissen davon freilich nichts. Bei Brissonius dagegen ist dies wenigstens angedeutet.

5) „Neve ob eam rem — — — quod *succedit.*" Für eigentliche Gesetzesworte sind die letztern wohl nicht zu halten, sonst hätte es heißen müssen: *quod succedunt.*

6) Das: *porro procedere debet* u. s. w. gehört noch mit zum Zweifelsgrunde. Es muß ja aber, will Scävola sagen, eine giltige Institution vorhanden seyn, damit nicht das Testament rumpirt werde. — Vgl. Merenda l. l. c. VI. §. 13. — Taurellus will entweder den Satz als Frage lesen (Porro, procedere debet, ut utiliter sit institutus,

borner durfte aber nicht eingesetzt werden, (ohne daß sich ein besonderer Grund dafür nachweisen ließ [7])).

Gab nun Vellejus den nachrückenden Descendenten überhaupt erst Notherbenrechte? Dies hat man wohl angenommen, weil es (§. 14) heißt: „in locum suorum heredum sui heredes succedunto" [8]). Allein wären sie nicht schon damals als Notherben anerkannt worden, so würde der Gesetzgeber keine Veranlassung gehabt haben, die Ruption zu verbieten, und Scävola nicht von der Lex Velleja haben sagen können: „multos rumpendi casus abstulit" [9]). Auch darauf darf man das *succedunto* nicht beziehen, daß die Postumen gleich den Söhnen nicht präterirt werden durften, sondern gehörig eingesetzt oder enterbt werden mußten [10]). Denn gesetzt

qui nordum natus erat?"), oder den ersten Theil desselben bis *utiliter sit institutus* auf den Fall des zweiten Capitels beziehen; (also: in diesem Falle ist die Einsetzung giltig; noch nicht Geborne können aber nach dem Recht des zweiten Capitels der Lex Velleja nicht eingesetzt werden). Für ersteres erklärt sich auch Majansius l. l. p. 103 sq. §. XLV. — *A.* Faber (conj. Lib. IX. c. 19. p. 282. B. schlägt vor, statt *procedere* zu setzen: *praecedere*, was indessen nicht nöthig ist, um den Satz verständlich zu finden. Ganz willkührlich aber ist es, wenn Einige hier statt *utiliter* lesen wollen: *inutiliter*; so z. B. Hotman l. l. p. 173.

7) Bis dahin also gehen die Zweifelsgründe; s. Merenda a. a. O. und Franke Notherbenrecht S. 39. Von der Entscheidung selbst wird erst unten (unter C.) die Rede seyn.

8) M. s. darüber Hotman l. l. p. 170. Winckler l. l. p. 287. Franke a. a. O. S. 37.

9) L. 29. §. 6. D. *h. t.*

10) So namentlich die oben (Note 72) angeführten Cujacius, Guerin, und van de Poll.

auch, es hätte hierzu überall einer gesetzlichen Vorschrift bedurft: wie sollte man darauf gefallen seyn, dies auf eine Art auszudrücken, wobei Jeder zunächst an etwas ganz anderes denken mußte, noch dazu an etwas, was sich ohnehin von selbst verstand: daß nämlich auch entferntere Descendenten sui heredes waren, sobald ihnen beim Tode des Testirers Niemand in derselben Linie vorgieng! Darum darf man denn aber überhaupt wohl zweifeln, daß Vellejus diese Form zum Ausdrucke seiner Absicht, die Ruption der Testamente zu verhüten, gewählt haben sollte, zumal da zwischen dem Vordersatz: entferntere Descendenten sollen succediren, und dem Hauptgedanken: sie sollen das Testament nicht rumpiren, durchaus kein logischer Zusammenhang zu entdecken ist.

Hiernächst entsteht die Frage: ob hinter den Worten „in locum suorum" gelesen werden müsse: liberi et *cetera*, oder et *ceteri?* Beides paßt zu dem Ganzen. Nur darf man im ersten Falle die dadurch angedeutete Lücke nicht auf den hauptsächlichen Inhalt des Gesetzes (— die Ruption soll verhütet werden —) beziehen, auch wenn man *succedunto* für richtig hält, indem alsdann die Bestimmung über das Nachrücken selbst unmöglich zuletzt stehen konnte. Eben so wenig kann darin ausgedrückt gewesen seyn, daß das Gesetz nur auf Kinder gehe, welche bei Errichtung des Testaments bereits existirten; denn hierüber fand sich ja nirgends eine bestimmte Erklärung im Gesetze, wie wir oben gesehen haben. Hat Scävola *et cetera* geschrieben, so muß man allerdings mit Winckler annehmen, daß der Gesetzgeber auf irgend eine Weise auch noch der entfernteren Descendenten Erwähnung gethan habe. Damit steht auch nicht im Widerspruche erstlich, daß der Ausdruck *liberi*

alle und jede Descendenten umfaßt [11]), da dieser Sprachgebrauch ja nicht stets allgemein anerkannt wurde, und überhaupt nicht auf alle Verhältnisse angewandt werden konnte [12]), Vellejus aber die entfernteren sehr bestimmt berücksichtigte, in welcher Hinsicht denn Scävola von demselben rühmt: „bene verba se habent [13]). Eben so wenig steht zweitens der Wincklerschen Ansicht entgegen, daß Scävola dennoch von einer Interpretation spricht [14]), da ja immer der Interpretation noch einiger Spielraum blieb. Indessen besser erklärt sich freilich die Bemerkung Scävola's im §. 13. (— „et ita interpretandum est" u. s. w.) durch die Annahme, daß er die succedirenden Descendenten durch einen generellen Ausdruck bezeichnete. Will man daher auch nicht das *etc.* ganz verwerfen, oder etwa annehmen, daß es ursprünglich hinter den von Scävola referirten Gesetzesworten gestanden habe, so verdient doch die Lesart et ceteri in jedem Falle den Vorzug. Ich kann daher auch dem gelehrten Ant. Augustinus nicht beipflichten, wenn er wirklich dieß Kapitel auf folgende Weise herzustellen gesucht haben sollte:

„Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi ejus et ceteri in locum suorum sui heredes succedunto; nec ob eam rem, si instituti aut nominatim exheredati ad similitu-

11) L. 220. D. *de verb. sign.*

12) M. vgl. namentlich L. 10. §. 7. D. *de gradib. et affinib.* (XXXVIII. 10.) L. 13. D. *de munerib.* (L. 4.) — L. 1. §. 2. D. *de legat. praest.* (XXXVII. 5.)

13) L. 29. §. 13. D. *h. t.*

14) L. 29. §. 14. D. *h. t.*

dinem postumorum sunt, minus ratum esto testamentum [15]."

Auch das „ad similitudinem postumorum" erinnert zu stark an eine doctrinelle Sprachweise, als um sie hier für ächt halten dürfen. Vielleicht kommt folgender Versuch der Wahrheit einigermassen nahe; für die einzelnen Ausdrücke läßt sich natürlich nicht einstehen:

Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit liberi ejus et ceteri in locum suorum heredum sui heredes succedendo ne rumpunto neve ob eam rem minus ratum esto quod eo testamento scriptum est.

Die tautologische Wendung: liberi ejus et ceteri in locum suorum heredum sui heredes succedendo — wird man hier nicht eben anstößig finden. Eher ist sie es, wenn man *succedunto* liest, wenn also befehlsweise angeordnet wird, was sich von selbst versteht, daß nämlich die Nachrückenden als *sui* an die Stelle der sui heredes treten sollen. Daß aber die Gesetzesformel wirklich so lautete: „sui heredes *succedendo ne rumpant*, oder rumpunto, wird sehr wahrscheinlich dadurch, daß bei der Erwähnung oder Erläuterung des Velejischen Gesetzes jene Ausdrücke gewöhnlich so zusammen gestellt werden. Z. B. eben in unserer L. 29: „succedentes in locum liberorum non vult lex rumpere testamen-

15) Diese Worte führt POTHIER Pand. Just. ad h. t. Nr. XLVI. not. h. P. II. p. 189. als Restitution des Augustinus an. Wo sich dieselbe aber finde, ist nicht angegeben; da wo man sie am ersten zu suchen hat (in der Schrift de legib. et sctis. v. Lex *Jun. Velleja* opp. T. I. p. 62 sqq.) findet man sie nicht.

tum;" — „ut succedens in sui heredis locum non rumpat;" — „nec succedens pronepos avo mortuo rumpat" (§. 13); — „ut — *succedendo non rumpat*" (§. 14, also gerade da, wo Scävola die Gesetzesworte anführt); — „nec *posteriore* alius *succedendo prohiberi* videtur *rumpere*" (§. 15). Ferner in der L. 13 in f. D. *de injusto* etc. *facto test.* — „ne forte — — succedendo in locum ejus nepos — — rumpat testamentum;" in der L. 2. pr. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII, 6.). „Sed et si eos (nepotes) patres praecedant, ita demum substitui eis potest, si heredes instituti sint, vel exheredati; *ita enim post legem Vellejam succedendo non rumpunt testamentum;*" u. a. a. O. [16]).

Aber mußte denn nicht die Nothwendigkeit einer Einsetzung oder Enterbung des Postumus im Gesetze ausgedrückt werden, da dies doch die Bedingung war, ohne welche das Verbot der Ruption in keinem Falle wirksam seyn konnte? Ich glaube, nein. — Um zu bewirken, daß nicht die nach dem Tode des Testirers erscheinenden Postumen das Testament rumpirten, mußte man sie erst einsetzungsfähig machen, bei einem Gesetz über diesen Gegenstand also hierauf sein nächstes Argument richten. Anders verhielt es sich mit den zur Zeit des Testaments schon gebornen Descendenten, welche damals nur noch nicht sui heredes waren, weil ihnen ein Näherer vorgieng. Zwar konnten diese nur als Extranei im Testament eingesetzt werden, und daher konnte denn von ihrer Enterbung nicht die Rede seyn; allein eben

16) z. B. L. 6. §. 3. D. *de inj. rupto irr. facto test.* L. 2. C. *de liber. praeter.* (VI. 28.)

um derwillen rumpirten sie auch das Testament, sobald sie Suitätsrechte erlangten. Sagte nun der Gesetzgeber: sie sollen fortan nicht mehr rumpiren, so folgte daraus an sich nur, daß sie bedingterweise als sui heredes in dem Testamente berücksichtiget werden könnten, aber freilich auch, daß sie als solche berücksichtiget, d. h. auf den Fall ihrer Suität eingesetzt oder enterbt werden müßten, um das Testament gegen Ruption zu sichern. Und ein völlig überzeugender Beweis, daß das Gesetz in der That die Einsetzung oder Enterbung des Postumus vorgeschrieben habe, läßt sich aus den jetzt bekannten Nachrichten nicht herstellen, wie oben (S. 207 fg.) dargethan wurde. So oft in den Quellen, gegen deren Glaubwürdigkeit nicht besondere Gründe sprechen, von der Nothwendigkeit einer Einsetzung oder Enterbung der Postumen nach dem Vellejischen Gesetze die Rede ist, läßt sich dies dahin verstehen, daß jenes Recht durch das Gesetz aufgekommen oder veranlaßt sey, ja Ulpian deutet dies auf eine Art an, die fast jeden Zweifel ausschließt, wenn er in der L. 2. pr. D. *de vulg. et pup. subst.* sagt: „*Post* legem Vellejam succedendo non rumpunt." Welchen Zwang muß man hier den Worten anthun, wenn man dies so verstehen will, als habe sich hierüber eine Vorschrift in der Lex selbst gefunden! Und wäre dies gewesen, warum sollte Scävola Gesetzesworte nicht referirt haben, die mit dem Inhalte und dem Zwecke des Gesetzes in so genauer Verbindung standen! Er hat uns ja sogar eine Formel aufbehalten, die allenfalls hätte wegbleiben können, ohne daß darum die Absicht des Gesetzgebers weniger erreicht worden wäre. Das Gesetz hätte nämlich mit den Worten: ne rumpunto schließen können, da hiedurch die Tendenz

desselben hinreichend ausgesprochen war. Es fügte aber noch hinzu: neve ob eam rem minus ratum esto oder sit u. s. w. Denn daß dies Gesetzesworte sind, verräth theils die Fassung des Satzes und namentlich die in ältern Gesetzen so häufig sich findende Verbindungs-Partikel *neve*; theils der Umstand, daß Scävola ihrer zu Erläuterung seiner Meinung überall nicht bedurfte, mithin wohl nur dadurch, daß sie im Gesetze standen, zu ihrer Anführung bewogen werden konnte. Uebrigens spricht er im relativen Styl („neve ob eam rem minus ratum *esset*"), deshalb darf man denn auch die Worte „quod succedit" nicht für verba legitima halten (s. oben Note 6.). Er fügt sie nämlich nur der genauern Bestimmung wegen hinzu, so wie der Gesetzgeber es wohl der Vorsicht gemäß erachtete, ausdrücklich zu bestimmen: es solle blos darum, weil neue sui heredes einrückten (ob eam rem), das Testament noch nicht für ungiltig gehalten werden dürfen; nämlich um dadurch anzudeuten: sonst dürfe dem Testamente freilich nichts fehlen, also immer werde dabei doch vorausgesetzt, daß die Notherben gehörig eingesetzt oder ausgeschlossen seyen. — Mag indessen auch immerhin das Gesetz eine solche Vorschrift enthalten haben, so kann doch in keinem Falle das, was wir darüber wissen, eine sichere Grundlage für die Wiederherstellung der gesetzlichen Worte abgeben.

C) Es sind jetzt noch die Fälle zu erwähnen, welche genau genommen so wenig unter die Aquilische Formel, als unter das Vellejische Gesetz subsumirt werden konnten, wofür indessen die Praxis auch schon in der Zeit einen Ausweg zu finden wußte, als man noch auf strenge Auslegung gegebener Rechtsbestimmungen, und auf buchstäbliche Anwendung vorgeschriebener oder hergebrachter

Formeln hielt. Für mehrere dieser Fälle berief man sich auf die Autorität des Juristen Salvius Julianus, weshalb die Neueren solche Postumen, deren Einsetzung auf diese Weise möglich wurde, postumi Salviani, oder Juliani, auch wohl Julianei zu nennen pflegen. Doch gebrauchen Manche diese Benennung auch von solchen Fällen, wobei Julianus in unsern Quellen überall nicht erwähnt wird; bei Vielen aber findet sich dafür gar keine besondere Benennung. Und eben so ist auch der Name Corneliani postumi weder allgemein üblich, noch der Begriff derselben hinreichend bestimmt. Im Allgemeinen versteht man darunter die Postumen, welche durch Anwendung der fictio legis Corneliae Suitätsrechte erhalten.

Durch eine lex Cornelia wurde nämlich das Testament eines in feindlicher Gefangenschaft verstorbenen römischen Bürgers bestätigt, so wie dessen gesetzliche Beerbung möglich, und zwar vermittelst der Annahme, daß er in dem Augenblick seiner Gefangennahme, folglich als römischer Bürger, gestorben sey [17]. — Manche Juristen verwerfen nun den Begriff eines Cornelianischen Postumus, weil die lex Cornelia ja nur von dem Rechts-

17) *Pauli* sent. rec. Lib. III. Tit. IV. (A.) §. 8. L. 15. D. *de inj. rupto irr. facto test.* L. 1. pr. D. *de suis et legit. hered.* (XXXVIII. 16.) L. 10. §. 1. L. 11. §. 1. L. 12. §. 1. L. 22. pr. u. §. 1. D. *de captiv.* (XLIX. 15.) L. 1. C. *de postlim. revers.* (VIII. 51.) — Bei so vielen übereinstimmenden Quellenzeugnissen darf es denn wohl nicht bezweifelt werden, daß dies Recht durch eine eigne Lex bestimmt wurde. (S. Schillings Bemerkungen über röm. Rechtsgeschichte S. 285 fg. Vgl. die Berichtigungen zu Bd. XXXIV. Abth. I. des Commentars S. 240.) Doch ist allerdings auch sonst noch manches in Ansehung dieses Gesetzes zweifelhaft. S. die folg. Bemerkungen im Text.

verhältnisse eines Erblassers, nicht von dem eines suus heres spreche [18]. Ja es sey ganz unmöglich, bei Fällen, wie der in dem §. 14. der L. *Gallus* vorgetragene, an eine Anwendung jener Fiction zu denken; denn hiernach müsse ja der Sohn, welcher zur Zeit der Testamentserrichtung in feindlicher Gefangenschaft war, als bereits verstorben gedacht werden, folglich rücke der Enkel von ihm nicht erst nach dem Testament an die Stelle seines Vaters, sondern er sey damals schon suus heres seines Großvaters gewesen, und würde als *nepos non postumus* eigentlich gar nicht einmal ein Recht auf Einsetzung oder Enterbung gehabt haben [19]. — Die Wahrheit dieser Bemerkungen ist unverkennbar. Denn wie konnte sonst von der Ruption des Testaments durch Descendenten eines kriegsgefangenen Sohnes die Rede seyn; — wie wäre man zu der Frage gekommen: ob sich diese Ruption dadurch vermeiden lasse, daß man den Enkel einsetze? wenn man sich denselben nicht als postumus, mithin als einen solchen gedacht hätte, der erst nach dem Testament in die Stelle seines Vaters einrückt [20]? Aber aller Einfluß der Lex Cornelia auf den Begriff eines Postumus läßt sich darum doch nicht abläug-

18) Man s. hier hauptsächlich *Ant.* Faber conj. jur. civil. Lib. X. cap. III. und *Luc. van de* Poll de exhered. et praeter. cap. XIV. XV. — Vgl. auch *Barth.* Chesius interpret. Lib. I. c. 49 ad L. 29. §. 14. h. t. nr. 4. (in der Jurisprd. Rom. et Att. T. II. p. 266. in f.)

19) *A.* Faber l. l. p. 290 u. 292.

20) Man vgl. hier folgende Stellen: L. 9. §. 2. D. (S. oben die Note 98 a.) L. 29. §. 6. u. §. 14. eod. L. 6. §. 1. D. *de inj. rupto irr. facto test.* L. 2. §. 4. D. *de suis et legit.* (S. die angef. Note 98 a).

nen. So in dem Falle, von welchem L. 15. D. *de inj., rupto, irrito facto test.* spricht: „*Javolenus* Lib. IV. *epistolar.* Qui uxorem praegnantem habebat, in hostium potestatem pervenit. Quaero: filio nato, quo tempore testamentum in civitate factum rumpatur? *et si filius ante moriatur, quam pater,* an scripti heredes hereditatem habituri sint? Respondi: *non puto dubium esse,* quin *per legem Corneliam,* quae de confirmandis eorum testamentis, qui in hostium potestate decessissent, lata est, *nato filio, continuo ejus testamentum, qui in hostium potestate sit, rumpatur. Sequitur ergo, ut ex testamento hereditas ad neminem perveniat.*" Ohne eine Anwendung der fictio legis Corneliae würde man in diesem Falle nicht haben sagen können: der Sohn ist nach dem Tode des Vaters geboren, und darum wird sein Testament unbedingt rumpirt, so daß die eingesetzten Erben auch nicht einmal eine secundum tabulas b. p. erhalten können [21]. Auch wird dieser Einfluß des Cornelischen Gesetzes in der That von Keinem bestritten, sondern nur behauptet, daß er nicht direct einer Bestimmung der Lex zugeschrieben werden könne, der Ausdruck *per legem Corneliam* in der eben angeführten Stelle des Javolenus mithin nur soviel heiße, als: post legem Corneliam [22]. Und dieß ist auch gewiß richtig. Hätte die lex Cornelia eine Vor-

21) *A.* Faber conj. Lib. X. c. XI. *van de* Poll de exher. et praet. cap. XV. §. 14. 15.

22) *A.* Faber conj. Lib. X. c. IX. (Faber will statt *per* L. C. lesen: *post* L. C., was aber nicht nöthig ist, da die gewöhnliche Lesart denselben Sinn giebt); *van de* Poll l. l. cap. XV. §. 12.

schrift über das Recht der Postumen enthalten (also angeordnet, daß das Recht eines Postumus nach der Regel zu bestimmen sey: der Eintritt in feindliche Gefangenschaft ist dem Tode gleich zu achten, wenn der Kriegsgefangene nicht wieder zurückkehrt), — so würde man sich ohne Zweifel auch bei den Erörterungen über das Recht der Enkel von kriegsgefangenen Söhnen darauf bezogen haben, — es wären solche Fragen und Entscheidungen hierüber, wie sie in unseren Rechtsquellen vorkommen (s. Note 20) überall nicht möglich gewesen [23]. Wie dem aber auch sey, soviel ist gewiß, daß die lex Cornelia in keinem Falle auf die Einsetzungsfähigkeit eines

23) Die L. 9. C. *de postlim. revers.* (VIII. 51.) scheint der Lex Cornelia auch die Bestimmung zuzuschreiben, daß die aus der Kriegsgefangenschaft zurückkehrenden Kinder ihre Suitätsrechte wieder erhalten. Indessen ergiebt der Zusammenhang, daß das Rescript einen Fall betrifft, wo Vater und Sohn Kriegsgefangne waren, der erstere in der Gefangenschaft starb, der letztere aber zurückkehrte; hier griff allerdings die Lex Cornelia ein. S. v. *de* Poll l. l. §. 15. Pothier Pand. Justin. T. III. Tit. *de captiv. et postlim. revers.* p. 576. Nr. XXXVI. — Dagegen beruft sich v. *de* Poll (l. l. cap. XIV. §. 12.) zur Begründung der Ansicht, daß die Lex Cornelia keine Vorschriften über das Recht der Postumen enthalten habe, mit Unrecht auf die L. 28. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.). Denn, wenn Julianus hier sagt: „Si vivo patre filius in hostium potestatem pervenerit, non existimo legi Corneliae locum esse, quia non efficitur per eam, ut is, qui nulla bona in civitate reliquit, heredes habeat —", so heißt dies ja keineswegs: die L. Cornelia spricht nur von dem Rechte eines Erblassers, nicht von dem eines suus heres, sondern: ein Haussohn kann nicht beerbt werden, weil er kein eignes Vermögen hat.

Postumus irgend einen Einfluß gehabt haben könne. Wenn man daher einen Aquilianischen Postumus den nennt, dessen Einsetzung durch die vom Aquilius erfundene Formel möglich geworden ist, einen Vellejanischen den, welcher nach den Bestimmungen der lex Velleja eingesetzt werden kann, einen Julianischen den, wofür jene Möglichkeit durch Julians Interpretation vermittelt ist: so kann von Cornelianischen Postumen überall nicht die Rede seyn. Ueberhaupt aber ist zu rathen, technische Benennungen ganz aufzugeben, welche bei dem Mangel aller Bestimmtheit nicht einmal dazu dienen können, die Begriffe leichter zu übersehen und zu behalten [24]. Am einfachsten und zugleich richtigsten stellt man die Sache dar, wenn man sagt: Das Einsetzungs- und Enterbungsrecht der postumi sui beruht auf der Aquilischen Formel und dem Vellejischen Gesetze als Hauptquellen, und auf deren allmähliger Erweiterung durch Auslegung und Combination.

Die einzelnen Ausdehnungen sollen jetzt in der Ordnung folgen, worin sie bei Scävola in der L. *Gallus* vorkommen:

1) Wenn die Einsetzung nach der Aquilianischen Formel geschehen war, der Sohn aber nicht durch den Tod, sondern durch eine capitis deminutio aufhörte, suus heres zu seyn, und nun der Enkel nach dem Tode des Großvaters als suus heres desselben geboren wurde [25].

24) Dies gilt denn auch von dem Vorschlage van de Poll's (l. l. cap. XV., §. 7.), statt der Cornelianischen Postumen zwei Arten der primi Vellejani zu unterscheiden.

25) L. 29. §. 5. D. *h. t. Et quid si tantum in mortis filii casum conciperet.* — So wie oben angegeben ist (also von der in dem Testamente gebrauchten Einsetzungs-

Die Aquilianische Formel paßte hier nicht, weil sie nur von dem Ausscheiden des Sohnes durch Tod sprach, das Vellejianische Gesetz ebenfalls nicht, da es von Postumen handelte, welche beim Leben des Testirers geboren werden, oder wohl gar schon zur Zeit der Testamentserrichtung existirten. Da indessen die lex Velleja durch ihre allgemeine Bestimmung: — — „si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit" u. s. w. alle und jede Fälle umfaßte, wodurch ein Nächstberechtigter aufhörte,

formel und deren möglichen Ergänzung) wird die aufgeworfene Frage von den meisten, besonders den ältern Interpreten verstanden. z. B. von der Accursischen Glosse, Bartolus, Baldus, Paul de Castrensis ad *h. l.*, ferner Hotman (a. a. O. p. 152.), Cujacius (opp. prior. T. I. p. 1097. in f. sq.), Gabr. Wallius (bei Otto T. I. p. 401.), A. Faber (conj. Lib. IX. c. III.), Ramos del Manzana (ad *h. l.* cap. III. §. 2. bei Meerman T. VII. p. 244.), Sam. Stryk (ad h. l. opp. praest. P. III. p. 164. in f. sq.), Francke Notherbenrecht S. 26.). Andere dagegen erinnern, daß hier nur die Rede sey von einer Ergänzung der Aquilischen Formel selbst, durch die Möglichkeit, einen Postumus auf den Fall einzusetzen, wenn der Nähere in Folge einer Capitis Deminutio aufhören würde, suus heres zu seyn. Dem Wortverstande entspricht diese letztere Meinung keineswegs, weshalb denn einige Vertheidiger derselben eine Emendation für nothwendig halten, z. B. Duaren (ad h. l. opp. p. 355.). Von sonstigen Anhängern dieser Erklärung mögen hier genannt seyn: Connanus (comment. j. civ. Lib. X. IV. nr. 5. p. 351.), H. Donellus (opusc. post. p. 142 sq.), Ant. Merenda (controv. jur. Lib. IV. c. III.), Barth. Chesi (interpr. Lib. I. c. XLIX. ad h. l. nr. 2. in Ipdtia. Rom. et Att. T. II. p. 252.), Majansius (ad trig. ICt. P. II. p. 91 sq. §. 28.)

suus heres zu seyn, so nahm man nach der Analogie dieses Gesetzes an, der Enkel sey giltig eingesetzt, und man konnte dies um so eher, als Vellejus ja in der That die Ergänzung der Aquilischen Formel beabsichtigt hatte [26]). Und auf gleiche Art sollte es gehalten werden, wenn ein noch nicht geborner Urenkel auf den Todesfall des Enkels eingesetzt wurde. Dies nun ist im Wesentlichen der Sinn des §. 5:

„Et quid si tantum in mortis filii casum conciperet? Quid enim, si aquae et ignis interdictionem pateretur [27])? Quid si nepos ex quo pronepos institueretur, ut ostendimus (d. h. mittelst der Aquilischen Formel), emancipatus esset?

26) Diese Ansicht (womit auch übereinstimmen H. Donellus p. 143., Cujacius p. 1098., Merenda controv. L. XV. c. III. §. 6., Ehesi l. l. p. 254., Majansius a. a. O. u. A.) entspricht nicht nur dem Wortverstande, sondern hat auch einen sehr natürlichen und einfachen Zusammenhang der Begriffe für sich. Nichts destoweniger wird sie von manchen Juristen schlechthin verworfen, welche dann freilich wieder zu einer gewaltsamen Kritik ihre Zuflucht nehmen, indem sie die Worte „ex sententia legis Vellejae", zum Theil auf den Schlußsatz („ad similitudinem mortis" u. s. w.) für ein später eingeschobenes Glossem erklären. So *Ant.* Goveanus (rep. prael. ad h. l. opp. p. 329. nr. 2.), Hotmanus (l. l., welcher in Beziehung auf die letztern Worte sich so äußert: „Totam hanc clausulam aut una litura deleri oportet, — — aut Cervidium ridicule βαττόλογον fuisse fatendum est"), *A.* Faber conj. Lib. IX. c. III. sub init. u. A.

27) So lesen die drei Leipziger Codd. Hal. *Venet.* Rubeor.— Tortis 1502. *Lugd.* 1500. Porta 1541. Sennet. 1550. u. a. Die Flor. hat: *interdictione pateretur.*

Hi enim casus et omnes, ex quibus suus heres post mortem scilicet avi nasceretur, non pertinent ad L. Vellejam, sed *ex sententia legis Vellejae* haec omnia admittenda sunt, *ut ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi sint.*“

Weshalb aber wird hier nur von der Emancipation des Enkels, und nicht auch von der des Sohnes gesprochen? Die meisten Interpreten sind der Meinung (und gewiß mit Recht), daß dies absichtlich geschehen sey. Nur wenige halten es für zufällig, und beziehen daher das, was von der Emancipation des Enkels gesagt ist, auch auf den Sohn; m. a. W. sie nehmen an, daß man die Aquilische Formel auch auf den Fall erstreckt habe, wenn der eingesetzte Enkel zwar nicht nach dem Tode, wohl aber nach der Emancipation seines Vaters (versteht sich übrigens nach seines Großvaters Tode) geboren sey [28]. Doch auch von jenen machen sich Manche die Sache sehr leicht, z. B. Merenda, welcher den Unterschied dadurch erklärt, daß, wenn ein Vater seinen Sohn emancipire, ein Enkel von demselben entweder schon concipirt sey, oder nicht. Im letztern Falle werde er seines eignen Vaters Gewalt unterworfen, habe mithin gar keine Suitätsrechte gegen den Großvater; im ersteren dagegen sey er von vorne herein als suus heres anzusehen [29]. Man begreift aber nicht, was dies hier soll, da Scävola ja von dem Falle spricht, wenn nach

28) Diese höchst oberflächliche Meinung nehmen sogar auch an: *H.* Donellus (l. l. p. 142 sqq.) und *Greg.* Majansius (l. l. p. 93. §. XXIX.).

29) *Ant.* Merenda controv. jur. Lib. XV. cap. III. §. 7.

dem Testamente eine Emancipation des vorgehenden Erben erfolgt! Verständiger und gründlicher ist ohne Zweifel folgende Erklärung: Den Sohn mußte der Vater einsetzen, weil sonst auch die Einsetzung des Postumus nicht zu Recht bestehen konnte; die Einsetzung wirkte aber noch nach der Emancipation fort [30]), ungeachtet der Emancipirte aufhörte, suus heres zu seyn, diese Eigenschaft vielmehr auf die in der Gewalt des emancipirenden Vaters zurückgebliebenen Enkel u. s. w. überging [31]). Den Enkel dagegen hatte er nicht nöthig zu berücksichtigen [32]). Gesetzt nun, der Testirer instituirte, mit Uebergehung des Enkels, einen noch nicht gebornen Urenkel, vermittelst der Aquilischen Formel (oder auch ausdrücklich auf den Fall der Emancipation des Enkels), so war die Einsetzung giltig, wenn der Urenkel nach dem Tode des Testators als suus heres geboren wurde; er hatte nach dem Civilrecht vollständiges Erbrecht, ohne daß ihm sein Vater im Wege stand, oder auch nur mit ihm concurrirte. Nach dem prätorischen Rechte mußte er zwar das Vermögen mit demselben theilen [33]), allein davon konnte hier nicht die Rede seyn, da nur die Giltigkeit und Wirksamkeit des Testaments nach Civilrecht zur Frage stand. — Diese Erklärung findet sich bei den meisten Juristen, welche sich überhaupt auf die Frage einlassen [34]), nur mehr oder weniger deutlich gedacht,

30) L. 29. §. fin. D. *h. t.*

31) L. 1. §. 4. D. *de suis et legit.* (XXXVIII. 16.)

32) L. 29. §. 10. D. *h. t.*

33) L. 1. §. 17. D. *de conj. cum emanc. liberis.* (XXXVII. 8.) — Foerster de bon. poss. contra tab. *ect.* P. II. §. LV LVI. p. 265 sqq.

34) So namentlich bei Connanus comment. juris civil. Lib. X.

allenfalls auch wohl mit einer Verschiedenheit der Nebenumstände [35]). Ihr steht auch keineswegs entgegen, daß die Einsetzung des Enkels ebenfalls nach dessen Emancipation fortwirkte. Denn, wie gesagt, Scävola spricht hier nur von der Giltigkeit der Einsetzung eines nachgebornen suus mit der Aquilischen (oder einer, den Wirkungen nach, dieser gleichstehenden) Formel: hierbei aber war der Umstand von wesentlichem Einfluß; daß Söhne eingesetzt seyn mußten, Enkel aber übergangen werden durften. Bei jenen hatte eben darum die Formel allemal die Bedeutung: der Postumus soll eingesetzt seyn, wenn er zu einer Zeit geboren wird, wo der Sohn nicht mehr zur Erbschaft kommen kann [36]). War dagegen der nächste Erbe ein Enkel, der eingesetzte Postumus aber ein Urenkel, so hieng der Rechtsbestand dieser Einsetzung

cap. IV. nr. 5. in f. Cujacius ad h. l. (l. l. p. 1098.), Vallius (bei Otto P. I. p. 406.), Chesius (l. l. p. 255. nr. 8.), *Ramos del* Manzano (l. l. p. 254. §. XXX.), Stryk (l. l. p. 165.), *Jo. Lud.* Conradi sententia Scaevolae super cautione Aquillii *etc.* p. 23.

35) So denkt z. B. Suerin (l. l. p. 69.) sich den Fall so, daß zur Zeit der Testamentserrichtung auch der Sohn des Testirers noch lebte und der Gewalt des Testirers unterworfen war. Alsdann hätte aber freilich der Enkel, als nachrückender Postumus, ebenfalls eingesetzt werden müssen, und hierauf geht wohl der harte Tadel Conradi's (l. l. p. 18.): „talis est sententia Suerini, ut pigeat eam referre, et poeniteat eam refellere."

36) L. 37. pr. D. *de heredib. instit.* (XXVIII. 5.). „Cum in testamento ita scribitur: si filius meus me vivo morietur, nepos ex eo post mortem meam natus heres esto, duo gradus heredum sunt; nullo enim casu uterque ad hereditatem admittitur."

auch nur davon ab, daß der Postumus als suus heres geboren werde. Ob der ihm Vorgehende durch Emancipation, oder auf andere Art aufgehört hatte, es zu seyn, mußte hier vollkommen gleichgiltig seyn; denn da es überhaupt nicht nöthig war, ihn im Testamente zu berücksichtigen, so konnte der Einsetzung des Postumus auch ein Grund nicht im Wege stehen, welcher mit der Nothwendigkeit, den vorgehenden Erben zu berücksichtigen, aufs Genaueste zusammenhängt.

Ist nun gleich hiedurch die Sache recht gut erklärt, so scheint mir doch auch die Idee A. Faber's durchaus unverwerflich zu seyn, daß der Unterschied in der Verschiedenheit des Einflusses zu suchen sey, welchen die Emancipation der Söhne und die der Enkel auf ein Testament des Emancipirenden gehabt[37], — so mannichfachen Tadel diese Meinung auch erfahren hat[38]. Indessen soll, was hierüber zu sagen ist, bis zur Erklärung der Schlußstelle verspart werden.

An dem Schlußsatz des vorigen §. („ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi") knüpft Scävola den folgenden Fall: Jemand, dessen Sohn in feindlicher Gefangenschaft sich befand, testirte nach der Aquilischen Formel. Der Sohn stirbt in der Gefangenschaft, aber erst nach dem Tode des Testirers, im übrigen tritt der Fall ein, worauf die Formel gestellt war, d. h. es wird der Enkel nach dem Tode des Großvaters geboren. Wir haben oben gesehen, daß in einem solchen Falle nichts dar-

37) *A.* Faber conj. Lib. IX. c. III. in f. Lib. X. c. XIV. in f. et cap. XV.

38) Zu den Gegnern gehört hier insbesondere *Jo. Lud.* Conradi diss. cit. p. 18 sqq.

auf ankam, ob der aus der Kriegsgefangenschaft nicht wieder zurückkehrende Sohn vor oder nach seinem Vater gestorben sey, da im Rechtssinne dieser ihn immer überlebt hatte, wenn nur die Gefangenschaft vor dem Tode desselben erfolgt war, daß man dennoch aber den Enkel nur als nachrückenden Postumus gedacht habe, weil sein Vater ihm immer im Wege stand, so lange noch dessen Rückkehr möglich blieb. — Die Aquilische Formel nun paßte buchstäblich hier nicht, weil sie voraussetzte, daß der Vorgehende durch eigentlichen Tod aufgehört habe, suus heres zu seyn; eben so wenig paßte aber das Vellejische Gesetz: das erste Kapitel nicht, weil ja der Enkel nicht als suus heres geboren wird [39]) als zweite nicht, weil bei der Einsetzung selbst auf die durch dasselbe bestimmten Ruptions-Fälle keine Rücksicht genommen ist. Scävola erklärt indessen die Einsetzung für giltig, wenn nur der Sohn in feindlicher Gefangenschaft stirbt, und zwar ebenfalls wieder nach dem Geiste des Vellejischen Gesetzes, welches davon ausgeht, daß ein Testament darum nicht ungiltig werden soll, weil die successio in locum sui heredis auf andere Art erfolgt, als dies die Aquilische Formel bestimmt:

§. 6. „Quid si, qui filium apud hostes habeat, testaretur? Quare non induxere [40]), ut, si antequam filius ab hostibus rediret, quamvis post mortem patris decederet, tunc deinde nepos, vel etiam adhuc illis vivis, post mor-

39) L. 1. §. 4. *de suis et legit.* — „Quodsi filius apud hostes sit, *quamdiu vixit, nepos non succedit.*" — L. 9. §. 2. D. *h. t.*

40) So liest die Flor. Hal. und die meisten Edit., dagegen auch die drei Leipziger Codd. lesen: *induxit.*

tem scilicet avi[41]) nasceretur, non rumperet? Nam hic casus ad Legem Vellejam non pertinet. Melius igitur est, ut in ejus modi utilitatem praesertim post Legem Vellejam, quae et multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur, ut instituens nepotem, qui sibi post mortem suus nasceretur, recte instituisse videatur, quibuscunque casibus nepos post mortem natus suus esset rumperetque praeteritus, atque etiam si[42]) generaliter: quidquid sibi liberorum natum erit post mortem, aut: quicunque natus fuerit, sit institutus, si suus nasceretur."

Der Florentinischen Lesart: Quare non *induxere*, geben die Meisten den Vorzug vor: induxit, weil hier von der Ausdehnung der Aquilischen Formel, nicht aber von deren Urheber die Rede sey. Dies ist wahr; allein von den Auslegern selbst ist ebenfalls nicht die Rede, mithin fehlt es für das induxere immer an einem Subject. Auch wäre doch die Frage Scävola's etwas seltsam: warum man dies Recht nicht eingeführt habe, da der Fall sich nach der lex Velleja nicht entscheiden lasse! Ich möchte daher vorschlagen, statt *induxere* zu lesen: *inducere*; wodurch ein sehr guter Zusammenhang in den Satz kommt.

An den Worten *vivis illis* hat man von jeher Anstoß genommen. Goveanus hält den ganzen Zwischen-

41) Hal. hat *qui st avi.*

42) Cod. Lips. A: *et si generaliter.* C: *atque si generaliter.* Ed. *Venet.* Rubeor. 1477. *atque etiam generaliter.*

satz: „vel etiam adhuc illis vivis" für das Glossem eines nicht eben scharf sehenden Auslegers [43]). In der Accursischen Glosse findet sich unter andern die Meinung: es möge hier wohl durch ein Versehen der Plural statt des Singulars gesetzt seyn [44]). Andere wollen *illo vivo* gelesen wissen [45]). Wenn man die gewöhnliche Lesart für richtig hält und die Worte in ihrem eigentlichen Sinne versteht, so muß man annehmen, Scävola habe hierbei an einen Fall gedacht, wo der Testirer einen noch nicht gebornen Urenkel einsetzt, und dieser nach des Testirers Tode, allein noch beim Leben seines Vaters und Großvaters, geboren wird [46]). Und dies dürfte sich auch

43) Ant. Goveanus ad h. l. §. 29. (Vgl. Note 45.)

44) Dieser Ansicht tritt nicht blos Bartolus bei, sondern auch Alciati (ad *h. l.* p. 618. nr. 2.), und sogar Cujacius (l. l. p. 1099.).

45) So Goveanus in der repet. prael. (opp. p. 329. nr. 1.) *Gabr.* Vallius ad h. l. (in Ottonis thes. P. I. p. 408.), und Franke Notherbenrecht S. 28.

46) Merenda (controv. Lib. XV. c. III. §. 8.) und Majansius (ad Trig. ICt. P. II. p. 94 fg.) glauben übrigens, daß sich die gewöhnliche Lesart auch ohne die im Text enthaltene Annahme vertheidigen lasse. Scävola wolle nämlich sagen: warum sollte die Einsetzung nicht gelten, mag nun der Enkel beim Leben seines Vaters, oder nach dem Tode seines Großvaters geboren werden, oder nach Beider Tode, oder auch wenn Beide noch leben (versteht sich aber: der Sohn nicht wieder zurückkehrt und der Enkel den Großvater überlebt). Merenda schlägt daher vor, die Worte: vel etiam adhuc illis vivis in eine Parenthese einzuschließen. Um indessen diesen Sinn zu finden, wird man noch viel mehr Abweichungen von dem, was ein deutlicher und bestimmter Ausdruck erheischt, annehmen müssen, als

wohl vertheidigen lassen. Zwar glaubt Franke, dann müsse man mit Haloander statt *avi* lesen: qui [47]), und darunter den pronepos verstehen; dies aber sey unzulässig, weil Scävola ausdrücklich von dem Falle spreche, da der gefangene Sohn erst nach dem Testirer und hinterher der Enkel sterbe, in welchem Falle ja aber der Enkel und nicht der Urenkel suus heres des Testirers gewesen seyn würde. Auch sey durchweg in der Stelle von einem Enkel, als instituirtem Notherben, die Rede [48]). Indessen läßt sich dagegen wohl folgendes erinnern: In den vorausgehenden §. war von dem Wegfallen des nächstberechtigten Descendenten durch capitis deminutio die Rede, sowohl für den Fall, wenn ein Enkel, als wenn ein Urenkel eingesetzt ist. Beide Fälle sind rechtlich einander gleich. Hierauf kommt Scävola auf einen verwandten Fall (Verlust der Freiheit), wobei nur der Umstand Schwierigkeit macht, daß der endliche Einfluß dieser capitis deminutio auf das Rechtsverhältniß noch so lange in suspenso bleibt, als die Rückkehr des Kriegsgefangenen möglich ist. Sonst ist auch hier Alles der vorausgehenden Erörterung gleich, d. h. es kommt darauf nichts an, ob der eingesetzte Postumus ein Enkel oder ein Urenkel ist, und — soferne man annimmt: der nächstberechtigte Descendent sey schon bei dem Eintritte der Gefangenschaft als tod zu betrachten — ob

wenn man mit der im Text versuchten Erklärung übereinstimmt.

47) In der That wird diese Lesart auch von bedeutenden Interpreten vertheidigt, so von Alciati (a. a. O. p. 621. nr. 16.) von Donellus (a. a. O. p. 146.), von Charondas ad h. l. (in Otto's thes. T. I. p. 725.)

48) Franke a. a. O. S. 27 fg.

der postumus erst nach dem wirklichen Tode desselben geboren ist, oder nicht. Scävola nun, um nicht das Nämliche wiederholen zu müssen, will darauf nur hindeuten, und bei dem unmittelbaren Zusammenhange, worin beide Erörterungen stehen, konnte dies auch füglich geschehen; im übrigen aber behält er bei der Entwickelung der Gründe und der Entscheidung den Fall in seiner einfachsten Gestalt vor Augen, so daß immer nur von dem Testirer, dem kriegsgefangenen Sohn desselben und dem als Postumus eingesetzten Enkel die Rede ist. Es ist wohl nicht zu gewagt, wenn man annimmt, daß hinter: „vel etiam" das Wort: *pronepos* ausgefallen sey. Stellen, die an sich dunkel sind, wird man am häufigsten corrumpirt finden, und eine Undeutlichkeit bleibt immer zurück, wenn man auch lies't: vel etiam pronepos, adhuc illis vivis u. s. w., da unmittelbar vorher doch nur von einem nächstfolgenden Descendenten die Rede ist. Scävola fühlte dies auch wohl, und suchte dem möglichen Mißverständnisse, daß das *vivis illis* auf den Erblasser selbst mit bezogen werden könne, durch den Zusatz: „post mortem sc. avi" vorzubeugen, wodurch freilich die Sache um nichts gebessert wurde, wenn er nicht auch noch hinzufügte: „vel proavi"[49]). Vielleicht schrieb der Jurist so, und nur die Nachlässigkeit der Compilatoren mag Schuld daran seyn, daß nur gerade die Aeusserungen fehlen, welche die Meinung Scävolas in das rechte Licht stellen. — Genug, es litt keinen

49) Daß Scävola den Proavus hier gemeint habe, der Ausdruck avus aber von selbst schon auch auf den Urgroßvater gehe, nehmen an: Connanus (comment. jur. civil. Lib. X. c. IV. Nr. 6. p. 352.) und *Lael.* Taurellus ad h. l. (bei Otto T. IV. p. 1616.)

Zweifel, daß für den nachgebornen Urenkel das nämliche Recht galt, wenn er zu einer Zeit geboren wurde, wo sein Vater und Großvater in feindlicher Gefangenschaft lebten, wie für den nachgebornen Enkel, wenn sein Vater Kriegsgefangener war.

Kehren wir nun noch einmal zu dem hauptsächlichen Inhalte der Stelle zurück, so argumentirt Scävola auf folgende Art: Wenn der Vater eines kriegsgefangenen Sohnes seinen noch nicht gebornen Enkel mittelst der Aquilianischen Formel einsetzt, und der Sohn in der Gefangenschaft stirbt: sollte sich alsdann nicht die Gültigkeit des Testaments vertheidigen lassen, auch wenn der Sohn wirklich erst nach dem Testirer stirbt und der Enkel schon bei Lebzeiten seines kriegsgefangenen Vaters geboren wird? Denn die lex Velleja leidet hierauf freilich keine Anwendung. Es eignet sich daher dieser Fall, dem Billigkeit und Rechtsanalogie[50]), insbesondere auch der Zweck des Vellejischen Gesetzes zur Seite stehen, zu einer ergänzenden Interpretation, dergestalt daß, unter welchen Umständen auch der nach dem Tode des Testirers geborne Postumus die Rechte eines suus heres erlangt, seine Einsetzung giltig ist, seine Präterition das Testament rumpirt; es soll die Einsetzung gelten, als wenn sie durch eine ganz allgemeine Formel erfolgt wäre, z. B. „wer mir als Nachkomme nach meinem Tode geboren wird", oder noch allgemeiner: „wer mir nach meinem Tode als *suus heres* geboren werden wird, soll mein Erbe seyn[51])."

50) Ueber diese Bedeutung von utilitas s. Brissonius de V. S. h. v. §. 4. in f. u. §. 5. 6.

51) Durch die Lesart der Leipz. Cod. A. (et si) und C. (atque

3) In dem §. 7. trägt der Jurist folgenden Fall vor: „Si ejus, qui filium habebat, et nepotem ex eo instituat, nurus praegnans ab hostibus capta sit ibique vivo [52]) pariat, mox ille [53]) post mortem patris atque avi redeat, utrum hic casus ad legem Velleјam respiciat, an ad jus antiquum aptandus sit, possitque vel ex jure antiquo, vel ex lege Velleja institutus, non rumpere? Quod quaerendum est [54]), si jam mortuo filio pronepotem [55]) instituat, redeatque mortuo eo [56]). Sed quum testamentum ab eo

si) gewinnt der Schlußsatz mehr Zusammenhang, als wenn man mit *Atque etiam si* einen neuen Satz beginnt, wobei denn doch immer noch am Schlusse etwas supplirt werden muß, z. B. valet institutio. Wahrscheinlich will Scävola doch sagen: die Einsetzung mit der Aquil. Formel sey so gültig, als wenn der Testirer sich ganz allgemeiner Einsetzungsformeln bedient habe, deren Gebrauch schon Pomponius in der L. 10, D. *h. t.* für zulässig erklärt. Uebrigens wird jener Sinn auch durch die gewöhnliche Lesart nicht ausgeschlossen.

52) Cod. Lips. A: *ibique eo vivo* B: *ibique vivo avo et ejus filio.* (Vgl. Franke S. 29. Note 18.) C: *ibique filioque vivo pariat* (doch ist vor filioque mit anderer Hand über der Linie hinzugefügt: *avo*).

53) Cod. Lips. C: *mox ille nepos.* Diesen Zusatz haben auch viele Editt.

54) Cod. Lips. A: *Idem* quaerendum est. So auch Venet. *Haberr.* 1477. Ferner die Ausgaben von Tortis; *Lugd.* Sylb. Porta und Sennetin. *Venet.* Junt.

55) Cod. Lips. A: *heredum pronepotem.*

56) In der Flor. fehlt das *eo.* Cod. Lips. A. und C: *redeatque mortuo eo pronepos ab hostibus. Lugd.* Porta, Sennet. und *Venet.* Junt.: *redeatque eo mortuo.*

non rumpatur, nihil refert, utrum ex jure antiquo, an ex lege Velleja excludatur."

Strenge genommen könnte die Einsetzung eines in der Kriegsgefangenschaft gebornen Enkels nur zu Recht bestehen, wenn er nach dem Tode des Testirers und seines Vaters geboren war. Denn da das postliminium ihm genau denselben Rechtszustand gewährte, wie wenn er im Vaterlande geboren wäre[57], so mußte hier auf die Zeit seiner wirklichen Geburt gesehen werden, nicht aber auf die Zeit, wo er im Vaterlande auftrat. Frei

57) §. 5. quib. mod. jus pot. solv. — Ganz verwerflich ist die Ansicht von *Ant.* Goveanus (animadversion. Lib. I. ad h. l. opp. p. 330.), die Worte unserer Stelle: „sed cum testamentum ab eo non rumpatur" seyen so zu verstehen, daß ja ein in der Kriegsgefangenschaft geborner und erst nach dem Tode seines Großvaters ins Vaterland zurückkehrender Enkel das großväterliche Testament nicht rumpiren könne, da er zur Zeit seiner Geburt Sclave, nach seiner Ankunft ins Vaterland aber der Testirer nicht mehr am Leben, er selbst mithin dessen Gewalt nie unterworfen gewesen sey. Nur dann ließe sich dies behaupten, wenn das Kind in Feindes Lande concipirt und auch sein Vater dort verstorben wäre. L. 25. D. *de captiv.* (XLIX. 15.) L. 1. C. *de postlim. revers.*; — denn ist der Vater ebenfalls zurückgekehrt, so würde selbst in diesem Falle ihm das Postliminium zustehen; L. 6. §. 2. D. *de inj. rupto irr. facto test.* Hier ist aber der Fall ausdrücklich unterstellt, daß die Conception im Vaterlande geschehen sey, so daß das Postliminium für den in Feindes Lande gebornen Enkel, also auch die rückwirkende Kraft dieses Rechts, nicht dem geringsten Zweifel unterliegen kann. L. 26. D. *de statu hominum* (I. 5.) L. 15. §. 1. D. *ex quib. caus. maj. in int. restit.* (IV. 6.) L. 9. *D. de captiv.* — S. A. Faber conj. Lib. IX. cap. XI. p. 245. Majansius l. l. p. 96. §. 34.

lich scheint dies, bestritten gewesen zu seyn; es gab also Juristen, welche behaupteten, daß einem solchen Postumus die römischen Geburts- und Familienrechte erst von dem Augenblicke an, wo er im Vaterlande auftrat, beigelegt werden könnten. Jedenfalls ließ sich indessen nach dem Vellejischen Gesetze die Giltigkeit der Erbeinsetzung vertheidigen, mochte der Enkel nach dem Tode seines Vaters, oder noch bei dessen Leben geboren seyn; denn in dem ersten Falle trat die Vorschrift des ersten Kapitels der Lex ein, für den andern konnte man sich wenigstens schon auf die Auctorität Julians berufen, welcher die Bestimmung des zweiten Kapitels über das Nachrücken bereits Lebender auch alsdann gelten ließ, wenn gleich der Entferntere erst nach dem Testamente geboren wurde. Welcher von den oben erwähnten Meinungen man auch zugethan seyn mochte, in jedem Falle mußte die Einsetzung für giltig erklärt werden; weshalb denn Scävola es für unnöthig hält, die Frage näher zu erörtern: ob hier die Ruption des Testaments schon nach dem jus antiquum (der Aquilianischen Formel) oder nach der Lex Velleja wegfalle [58]), da in beiden Fällen die Einsetzung giltig ist [59]). Daß übrigens allemal vorausgesetzt werden muß, der Testirer habe seinen Sohn über-

58) So erklärt schon die Glosse ganz richtig den Ausdruck: („utrum ex jure antiquo, an ex Lege Velleja) *excludatur*“ scil. *a rumpendo*; wobei MAJANSIUS (l. l. §. XXXIII. in f.) die Bemerkung macht; „nisi malis legere instituatur“; was indessen nicht nöthig ist.

59) Uebereinstimmend sind: CONNANUS (l. l. Nr. 8.) GOVEANUS in dem ersten Commentar zu der L. *Gallus* §. 30.), DONELLUS (l. l. p. 147. 148.), CUJACIUS ad h. l. (l. l. p. 1099.) MERENDA Lib. XV. (Cap. III. §. 14.)

lebt, versteht sich von selbst. In dem Satze: „Quod quaerendum est, si jam mortuo filio pronepotem instituat“, wollen Manche *nepotem* statt pronepotem lesen[60]. Allein wenn der Testirer nach dem Ableben seines Sohnes einen noch nicht gebornen Enkel einsetzte, so gehörte der Fall ja ohne alle Frage zum ersten Kapitel der lex Velleja. Cujacius, dem dies nicht entgieng, will daher statt instituat lesen: *pariat*[61], so daß die Zweifelsfrage nur den Fall betreffe, wenn die Geburt des Kindes erst nach dem Tode seines Vaters erfolge. Einer so gewaltsamen Textesänderung wird man aber sicher die Interpretation vorziehen dürfen, daß Scävola auch hier, wie in den unmittelbar vorausgehenden Stellen, auf den Fall seine Untersuchungen ausdehnt, wenn der eingesetzte Postumus ein Urenkel ist. Mit dieser Annahme steht denn die Frage: ob man hier *Quod quaerendum*, oder Idem quaerendum est, zu lesen habe, eigentlich in keiner Verbindung, indem ja doch auch nach der entgegenstehenden Ansicht, der in dem Schlußsatz aufgestellte Fall sich von dem zuerst vorgetragenen in etwas unterscheidet. Doch immer verdient die letztere Lesart aus grammatischen Gründen den Vor-

60) Schon unter den Glossatoren erklärten sich dafür *Jo.* Bassianus und Pillius (Glossa Accurs. ad h. l. not. h.); ihnen folgten Cujacius (l. l. p. 1099.), Merenda (l. l. Cap. III. §. 13.), Franke Notherbenrecht S. 29.

61) Ihm folgt Pothier hier, wie stets, ohne Prüfung; er trägt sogar kein Bedenken, das „nepotem pariat“ (st. pronepotem instituat) in den Text aufzunehmen: Pand. Justin. h. t. Nr. LII. (T. II. p. 190.) — S. dagegen besonders *Gabr.* Vallius ad h. l. (bei Otto T. I. p. 401. nr. 1.)

zug [62]). Nach unserer Meinung nun, sagt Scävola: „Auf gleiche Art kann in dem Falle gefragt werden, wenn der Sohn des Testirers bereits verstorben ist, und der eingesetzte Postumus ein in Feindes Lande geborner Urenkel ist, welcher nun nach des Testirers Tode im Vaterlande erscheint.“ — Daß der Vater des postumus (der Enkel des Testirers) zur Zeit der Testamentserrichtung noch am Leben war, muß, als sich von selbst verstehend, vorausgesetzt werden, weil sonst ja wieder jeder mögliche Zweifel darüber wegfiele, nach welchen Grundsätzen der Fall zu entscheiden sey, eben so versteht sich aber auch von selbst, daß derselbe vor dem Testirer gestorben sey, indem er ja sonst den Postumus allemal ausschließen würde. Das *mortuo eo* kann, dem ganzen Zusammenhange nach, nur auf den Testirer bezogen werden, womit auch die meisten Ausleger übereinstimmen [63]).

62) A. M. ist Vallius a. a. O. (Note 61.); er hält das quod quaerendum est für eleganter.

63) Vallius l. l. (p. 409. nr. 1.) *A.* Faber (l. l. p. 247.) *Jac.* Constantinaeus (subtil. enodation. Lib. 1. c. XXX. in f., in Ottonis thes. T. I. p. 358 sq.), Majansius (l. l. p. 95 sqq. §. XXXIII. — Connanus (l. l. Nr. 7. p. 353., welcher übrigens ebenso, wie die vorstehenden Schriftsteller mit der hier gegebenen Interpretation übereinstimmt, auch sich mit Recht gegen die von Einigen vorgeschlagene Emendation *mortuis utrisque* erklärt, will die obigen Worte auf den Enkel beziehen, weil sich der frühere Tod des Testirers von selbst verstehe, wenn die Frage nach der Giltigkeit einer Erbeinsetzung aufgeworfen werde. Das ist wohl wahr, allein da des Enkels gar keine ausdrückliche Erwähnung geschieht, so ist aus grammatischen Gründen nicht anzunehmen, daß sich das Pronomen auf den Enkel beziehe.

4) §. 8. „Forsitan addubitet quis, an istis casibus, si nepos post testamentum nascatur vivo patre suo, deinde ex eo concipiatur, isque vivo patre [64]) deinde avo nascatur, an non potuerit heres institui, quia pater ipsius non recte institutus esset. Quod minime est expavescendum; hic enim suus heres nascitur, et post mortem nascitur."

Vielleicht über keine Stelle sind so viel verschiedene Meinungen zum Vorschein gekommen, wie über diese. Sie aufzuzählen, würde eine fruchtlose Mühe seyn. Daß hier die Einsetzung eines Postumus mittelst der Aquilischen, oder einer ihr in der Wirkung gleichkommenden Formel geschehen, also auf den Fall erfolgt war, wenn der Postumus nach des Testirers Tode geboren werden würde, ist allgemein anerkannt und auch keinem Zweifel unterworfen. Denn wenn gleich das Vellejische Gesetz bei Erörterung der vorhin erwähnten zweifelhaften Fälle mit zu Hülfe genommen wird, so ist es doch gerade der Umstand, daß ein erst nach des Testirers Tode zur Welt kommender Postumus eingesetzt war, welcher hier die Bedenklichkeiten veranlaßte. Auch kommt Scävola erst im §. 11. und nachdem er zuvor (im §. 10) eine sich auf die Aquilianischen Postumen beziehende allgemeine Bemerkung vorgetragen hat, auf den eigentlichen Inhalt der Lex Velleja. — Sodann ist als gewiß anzunehmen, daß der noch nicht geborne Urenkel, von dem in der Stelle

64) Cod. Lips. A. B. u. C. haben: *isque mortuo patre* (doch bei Cod. A. ist das *mortuo* durch eine zweite Hand hinein corrigirt und Cod. B. hat beides: isque *mortuo* vivo patre); eben so lesen *Venet.* Rubeor., Tortis *Lugd.* Sylb., *Porta; Senneton.*, *Venet.*, Junt.

die Rede ist, wirklich eingesetzt war; denn sonst hätte in Beziehung auf denselben nicht gefragt werden können: an non potuerit heres institui? Endlich steht fest, daß der Urenkel erst nach des Testirers Tode erschien, und zwar nachdem auch alle ihm Vorgehende nicht mehr am Leben waren. Dies ausdrücklich zu bemerken, war gar nicht einmal nöthig, sondern ergab sich allein schon daraus, daß als Grund, weshalb die Giltigkeit der Einsetzung allenfalls bezweifelt werden könne, nur der angegeben wird: „quia pater ipsius non recte institutus esset.“ Indessen gleichsam zum Ueberfluß heißt es am Ende der Stelle: „hic enim — — post mortem nascitur,“ was, nach der richtigen Bemerkung der Glosse zu diesen Worten, so zu verstehen ist: post mortem *omnium*; denn so lange ihm beim Tode des Testirers noch nähere Descendenten desselben vorgiengen, verstand sich ja die Unwirksamkiet der Erbeinsetzung ohnehin von selbst. — Ob übrigens der Urenkel nach des Testirers Tode erst wirklich geboren wurde, oder nur in Folge rechtlicher Fiction für nachgeboren gehalten werden durfte, mag hier einstweilen dahin gestellt bleiben.

Dies nun vorausgesetzt, lassen sich die sämmtlichen Ausleger auf zwei Klassen zurückführen; die eine vertheidigt die Florentinische Lesart: „isque *vivo patre* deinde avo nascatur,“ die andere liest statt „*vivo patre*“ „mortuo patre.“ Von den zur ersten Klasse gehörigen Interpretationen findet sich die folgende schon bei der Glosse[65]: es werde hier, wie in den unmittelbar vorher erörterten Fällen vorausgesetzt, daß der Urenkel zwar früher schon geboren sey, aber in Feindes Lande, und nun nach

65) Glossa *l.* ad *h. l.*

Aller Tode im Vaterlande erscheine, „et sic, cum rediit, videtur nasci [66]).“ Allein würde der Jurist, welcher vorher so viel Gewicht auf die Frage legt: ob der im Auslande geborne Postumus in rechtlicher Hinsicht erst mit dem Moment seiner Ankunft im Vaterlande als geboren anzusehen sey, oder nicht, — würde er hier wohl ganz unumwunden gesagt haben: „post mortem *nascitur?* Ohnehin paßt hierzu auch der Zweifelsgrund nicht. — Andere wollen das „*vivo patre*“ blos auf die Conception beziehen, das „deinde — nascatur“ blos auch den avus. *Pater* sei hier nicht der Erzeuger des Urenkels, sondern der, von welchem vorher die Rede war, nämlich der Vater des Enkels, also der Sohn des Testirers, folglich müsse unter dem avus eben der Testirer verstanden werden. Hiernach erklären sie die Frage so: wenn ein Enkel beim Leben seines Vaters geboren wird, sich verheirathet, ein Kind erzeugt, und zwar das Kind noch vor dem Tode seines Großvaters concipirt ist, dann dem Großvater seines Vaters (oder dem Testirer) nach dessen Tode als suus heres geboren wird: ist ein solches Kind für giltig eingesetzt zu halten, oder ist nun das Testament, wegen Präterition seines Vaters (des Testirers Enkel) rumpirt? — So namentlich Läling Taurellus [67]) und Gregor Majansius [68]). Der Scharfsinn in dieser Erklärung ist nicht zu verkennen;

66) Auch Bartolus ad h. l. billigt diese Erklärung, vorausgesetzt, daß man *vivo* patre lese; er selbst giebt aber der Lesart *mortuo patre* den Vorzug.

67) ad h. l. bei Otto IV. p. 1617.

68) ad trig. Jct. P. II. p. 96 sqq. §. XXXV. — M. vgl. auch Finestres l. l. cap. V. §. 5. (in prael. Cervariens. p. 209.)

auch ist hierbei der von Scävola angeführte Zweifelsgrund hinreichend berücksichtigt. Es wird nämlich gefragt, ob das Testament überhaupt gelten könne, da ja der Vater des Urenkels für präterirt zu achten sey? Man denke sich z. B. der Testirer hatte gesagt; Filius heres esto; si filius meus vivo me morietur, tunc, quicunque mihi post mortem meam natus fuerit, si suus nascitur, heres esto. Nun aber wird ihm ein Enkel bei seinem und seines Sohnes Leben geboren. Mithin ist der Fall, auf den die Einsetzung gestellt ist, nicht eingetreten. Der als suus eingesetzte Enkel ist als postumus alienus geboren, folglich für präterirt zu achten. Dieser Zweifel war auch allerdings begründet, wenn der Sohn vor dem Enkel gestorben, dieser also suus heres geworden war; anders dagegen verhielt es sich, wenn der Enkel noch beim Leben seines Vaters mit Tode abgegangen, mithin für ihn ein Recht, im Testamente berücksichtiget zu werden, nie eingetreten war [69]). Daß nun der Urenkel beim Leben seines Großvaters concipirt sey, war freilich nöthig, denn sonst müßte sein Vater diesen überlebt haben, wäre also rechtlich für präterirt zu halten. Allein immer folgt ja daraus noch keinesweges, daß nicht dennoch der Sohn vor dem Enkel gestorben sey; man soll also nach dieser Erklärung nicht nur die Ausdrücke *pater* und *avus* in einer Beziehung nehmen, worin sie nicht vorkommen, sondern ausserdem auch noch hinzu denken, daß der Enkel vor seinem Vater gestorben sey. Darum scheint mir auch diese, sonst in sich sehr wohl zusammenhängende Interpretation verwerflich.

Noch andere Vertheidiger dieser Lesart wollen statt:

69) M. s. oben die Erklärung von §. 13.

isque vivo patre, deinde avo, *nascatur* lesen: decedat [70]. Diese Textesänderung stützt sich indessen nicht nur auf keine handschriftliche Autorität, sondern sie hat auch sonst alle möglichen Gründe gegen sich, indem man das *isque* nicht auf das unmittelbar vorher genannte Subjekt, den concipirten Urenkel, sondern auf dessen Vater beziehen, dem *deinde* aber die Bedeutung von et oder atque beilegen soll, was beides durchaus sprachwidrig ist.

Liest man dagegen statt *vivo* patre u. s. w., „*mortuo* patre, deinde avo nascatur", so erklärt sich Alles höchst einfach, und da diese Lesart sich auch in Handschriften und in den meisten alten Drucken findet; so trage ich kein Bedenken, ihr den Vorzug zu geben, wie dies auch von fast allen Auslegern geschieht [71]. — Die Einsetzung kann man sich hier so denken, wie vorhin bestimmt wurde. Stirbt nun der Enkel mit Hinterlassung einer schwangeren Gattin, und hinterher der Sohn des Testirers, so ist die Einsetzung des nach dem Tode des Testirers gebornen Urenkels vollkommen rechtsgiltig; denn sein Großvater ist gehörig eingesetzt, er selbst aber, wie

70) E. C. Westphal Theorie des röm. Rechts von Testamenten u. s. w. §. 502. S. 371.

71) S. z. B. Connanus comment. j. civ. Lib. X. c. IV. nr. 8. *H.* Donellus op. post. p. 149 sq. Langebeck in Ottonis thes. P. I. p. 579 sq. Suerin in Ottonis thes. T. IV. p. 73. Vallius ibid. T. I. p. 410 sqq. Merenda controv. jur. Lib. XV. c. III. §. 15. *Barth.* Chesi interpr. Lib. I. c. XLIX. ad h. l. nr. 4. (l. l. p. 258.), *A.* Faber conj. Lib. IX. c. 9. Franke Notherbenrecht S. 30. Dr. Hunger in der deutschen Uebersetzung des corpus juris u. A.

die Einsetzungsformel es voraussetzte, als suus heres und nach des Testirers Tode geboren.

Unmittelbar hieran schließt sich folgende Aeusserung Scävola's entweder als Erläuterung oder als Folgesatz an:

§. 9. „Ergo et si [72]) pronepos admittitur, qui natus erit ex nepote, postea vivo filio [73]), atque si ex eo natus esset, adoptatur“ [74]).

So lies't die Florentinische Handschrift, und die in anderen Codices sich findenden Varianten sind nicht bedeutend. Hier hatten denn Kritiker und Interpreten wieder hinreichende Gelegenheit, ihren Scharfsinn zu zeigen, und selten wird man auch nur zwei finden, die völlig mit einander übereinstimmen. — Cujacius [75]) versteht die Stelle so: Wenn dadurch, daß der Enkel nur als postumus alienus eingesetzt erscheint, das Testament nicht rumpirt wird, so ist dies auch nicht der Fall, wenn der Enkel gar nicht eingesetzt, also im buchstäblichen Verstande präterirt wird, z. B. der Erblasser gesagt hätte: si filius meus me vivo morietur, tunc si quis mihi pronepos sive quae proneptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus natave erit, heredes sunto. In der That liegt dieser Gedanke sehr nahe; nur die Worte passen hiezu überall nicht, und wenn man

72) Hal. et sic, und daß diese Lesart sich auch in Handschriften findet, bezeugt Alciatus ad h. l. p. 643. not. e.

73) Cod. Lips. B.: *postea et vivo.*

74) So die Flor. Hal. lies't *adoptatus* und eben so *Lugd.* Porta; Senneton. *Venet.* Junt.

75) Cujacius ad h. l. (opp. prior. P. I. p. 1100.)

auch mit Cujacius statt: „Ergo et si pronepos admittetur" lesen dürfte: „ergo et si *nepos omittetur*", so ist doch die in dem Schlußworte (adoptatur) liegende Schwierigkeit immer noch nicht beseitigt; denn gar zu willkührlich ist es doch, daß man diesen Ausdruck nur figürlich verstehen dürfe, für: *assumitur*, also: wenn der Urenkel nach dem Tode Aller geboren wird, so kommt sein präterirter Vater überall nicht weiter in Betracht, sondern er tritt nunmehr an seines Großvaters Stelle, gleichsam als ob er von diesem erzeugt wäre, (er wird an dessen Stelle aufgenommen)! Hat Scävola den Gedanken: der Urenkel wird hier so behandelt, als wäre er der eigne Sohn des Großvaters, — wirklich ausdrücken wollen, so bedarf es zwar immer einiger, aber keineswegs einer so auffallenden Aenderung des Textes. Lies't man nämlich:

„Ergo *sic* pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote, postea vivo filio, atque si ex eo natus esset adoptatus;" —

so sagt der Jurist: „der Urenkel wird hier zugelassen, wenn der Sohn den Enkel überlebt, als wenn er wie dessen Sohn (also an Enkels Statt) vom Testirer adoptirt ist [76])." — Das *sic* hat handschriftliche Autorität

76) Goveanus (in comment. primo ad h. l. §. 31. in f.) ist, wie überhaupt wohl die meisten Interpreten im Resultate einverstanden, glaubt aber, daß es alsdann folgender Wortversetzung bedürfe: „ergo et sic pronepos admittetur ex nepote, qui natus erit postea vivo filio atque si ex eo natus esset adoptatus." *Gabr.* Vallius (l. I. p. 411. nr. 1.) schlägt vor, das postea in *post eum* zu verwandeln. Allein wie dann dieser Sinn in dem Satze liegen könne, ist mir nicht klar.

für sich, und daß das folgende alsdann diesen Sinn haben könne, ist nicht zu läugnen. Indessen stände denn doch das: „qui natus erit ex nepote“ eigentlich überflüssig, und das folgende: „postea vivo filio“ ist jedenfalls zweideutig.

Eine wunderliche Idee hat Bartolus: es sey hier die Rede von einem beim Leben des Sohns adoptirten Urenkel, welcher zur Zeit der Adoption sich noch in Feindes Lande befindet [77]. Eben so gut könnte Scävola auch an die Adoption eines Kindes im Mutterleibe gedacht haben; beides aber ist nach juristischen Begriffen unmöglich [78].

H. Donellus will den Fall auf die Lex Velleja beziehen. Der Urenkel werde beim Leben des Sohnes geboren, und succedire nun diesem als suus heres nach dem zweiten Kapitel des Vellejischen Gesetzes, gleichsam als sey er als dessen Sohn vom Testirer adoptirt [79]. Auf ähnliche Art Greg. Majansius, welcher übrigens statt *adoptatus* lesen will: *adaptatus*. Wie Scävola

77) Uebrigens findet sich auch diese Meinung schon in der Accurs. Glosse angedeutet.

78) Es widerstreitet dies dem Grundsatze, daß der Adoptirte Civität haben müsse. Was in dem §. fin. Inst. *de adopt.* über die Adoption eines Sklaven vorkommt, ist nicht klar und wird auch von den besten Auslegern (z. B. von *Jan. a* Costa, Bachovius, Vinnius, Otto, Schrader) so verstanden, daß der Sklave durch eine solche Handlung nur die Freiheit, nicht aber Sohnesrechte erlangt habe, was auch durch die Paraphrase des Theophilus ad h. l. bestätigt wird. — S. auch noch *A.* Faber conj. Lib. IX. c. 9. p. 254 B.

79) opp. post. p. 162.

im §. 7. frage: „utrum casus ad Legem Vellejam respiciat, an ad jus antiquum *aptandus* sit,“ so spreche er hier von einem *adaptare* sc. ad Leg. Vellejam, oder von einer Subsumtion unter das Vellejische Gesetz [80]. Aber in dieser ganzen Erörterung über die Aquilianischen Postumen wird die Lex Velleja allemal ausdrücklich erwähnt, wenn sie in irgend einer Beziehung zur Anwendung gebracht werden soll. Daß Scävola einen Fall unter die Lex Velleja subsumirt hätte, ohne das Gesetz zu nennen, dürfen wir hier aber am wenigsten annehmen, da der in der vorausgehenden Stelle entschiedene Fall ganz offenbar unter die Aquilische Formel gehörte, und schon die Art, wie der Jurist beide Stellen mit einander verbindet, deutlich darauf hinweis't daß hier gleichartige Fälle vorgetragen werden, oder die zweite nur einen Folgesatz aus der ersten enthalte. Und auch ganz abgesehen hiervon, ist die letztere Erklärung schon darum zu verwerfen, weil man den Worten offenbaren Zwang anthun und einen ganzen Satz hinzu denken muß, um diesen Sinn zu finden.

Mehr Beifall würde die Meinung A. Fabers verdienen, daß die Stelle nur eine Erklärung über einen Zweifel enthalte, wozu die vorausgehende Entscheidung Veranlassung gegeben [81]), wenn nur nicht dabei vorausgesetzt werden müßte, daß das „adoptatus“ als willkührlicher Zusatz ganz wegzustreichen sey. Er wirft nämlich in Scävola's Namen die Frage auf: wie denn ein postumus alienus des Testirers diesem einen suus heres habe erzeugen können? Diesen Zweifel habe der

80) *Greg.* Majansius ad trig. Ict. P. II. p. 97. §. XXXVI.

81) *A.* Faber conj. Lib. IX. c. 9. p. 256.

Jurist durch die Bemerkung beseitigt: der Urenkel succedire hier so (Faber liest also mit Andern *sic*), als ob er von dem den Enkel überlebenden Sohne erzeugt wäre; oder, in rechtlicher Hinsicht werde der Vater des Urenkels so behandelt, als habe er nie existirt. Indessen ist die Anwendung blosser Conjectural-Kritik hier um so mißlicher, als so wenig in den vorausgehenden, wie in den folgenden Sätzen von Adoption die Rede ist, mithin nicht angenommen werden darf, daß jenes Wort dem Abschreiber durch ein Versehen in die Feder gekommen sey[82].

Auf ähnliche Art wie Faber erklärt Langebeck[83]; indessen glaubt er, daß es einer Emendation nicht bedürfe, sondern nur anders zu interpungiren sey, wie gewöhnlich geschieht, nämlich so: „Ergo et sic pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote postea; vivo filio, atque si ex eo natus esset adoptatus." Und dies soll man so übersetzen: der Urenkel, von dem die Rede ist (nämlich der später von dem ebenfalls erst nach dem Testamente erscheinenden Enkel Erzeugte) wird zur Erbschaft gelassen, als wenn sein Vater (is qui vivo filio ex eo natus est) von dem Testirer als Enkel adoptirt wäre. Aber wie ist es möglich, dies so zu verstehen? Scävola hätte dann wenigstens sich so ausdrücken müssen: atque si natus ex filio esset adoptatus. Und auch in diesem Falle wäre die Wendung höchst gezwungen und überdies nicht zu begreifen, wie denn der obige Zweifel dadurch beseitigt werden soll, daß man den nach dem Testamente gebornen und vor

82) S. meine doctrina Pand. Vol. I. §. 57. nr. 2.

83) in Otto's thes. T. I. p. 586.

seinem Vater wieder verstorbenen Enkel mit einem Adoptiv-Enkel vergleicht.

Der Zweifel, an welchen Faber und Langebeck hier denken, war auch schon genügend durch den Grund abgewiesen, worauf Scävola seine Entscheidung im §. 8. stützt. Viel näher liegt es, daß er im §. 9. diese Entscheidung nur auf den Fall anwendet, wenn der Testirer einen Extraneus an Enkels Statt adoptirt, und dieser mit Hinterlassung einer schwangern Gattin stirbt. Dann muß man freilich nach Franke's Vorschlage, statt *adoptatus* lesen adoptato [84]). Durch diese leichte Emendation sind denn aber auch alle Schwierigkeiten entfernt. Allenfalls möchte ich noch das *si* im Eingange mit bloser Versetzung der Buchstaben in *is* verwandeln, wodurch denn der ganze Satz auch ohne Commentar höchst verständlich wird: „Ergo et is pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote, postea vivo filio atque si ex eo natus esset, adoptato"; was ganz ungezwungen so übersetzt werden kann: Also wird auch der Urenkel zur Erbfolge aus dem Testament gelassen, welcher von einem Enkel erzeugt ist, der nach errichtetem Testamente als Sohneskind adoptirt wurde [85]).

84) Notherbenrecht S. 31. — Gebilligt wird dieser Vorschlag auch von dem Recensenten der Frankeschen Schrift in Schunck's Jahrbüchern der gesammten deutschen juristischen Literatur Bd. XIX. Heft 3. S. 231 a. E.

85) Merenda controv. Lib. XV. Cap. III. §. 16. 17., will die Worte: „et si pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote" in eine Parenthese einschließen, und versteht alsdann die Stelle von dem Falle, wenn der Sohn des Testirers nach dessen Ableben den Urenkel desselben — also seinen Enkel — in Adoption giebt; Scävola wolle sagen:

5) Nachdem nun Scävola in dem folegnden Theile der Stelle von dem Vellejischen Gesetze, und von den Fällen gesprochen hat, welche unter die Norm des ersten oder des zweiten Kapitels desselben gehören, kommt er im §. 15. auf den Fall, welcher oben (S. 227 fg.) bereits vorgetragen werden mußte, weil dies zur Begründung einer richtigen Ansicht über Inhalt und Form dieses Gesetzes nöthig war. Die Entscheidung selbst aber gehört erst hieher, da nicht schon die Anwendung gewöhnlicher Auslegungsregeln zu ihrer Feststellung genügte, sondern nur durch künstliche Combinaton beider Kapitel eine Entscheidung möglich wurde, wobei man sich denn auf die Autorität Julians berief. — Also: Der Testirer setzte einen Sohn und einen noch nicht gebornen Enkel von demselben ein. Der Enkel wurde beim Leben seines Vaters geboren, dieser aber starb vor dem Testirer, so daß der eingesetzte Enkel jetzt als suus heres eintrat. War er nun zwar als solcher, mithin an sich giltig eingesetzt, so paßte doch keine der vorhandenen Rechtsnormen auf diesen Fall. Nicht die Voraussetzung der Aquilischen Formel; denn der Enkel war ja nicht nach des Testirers Tode geboren. Nicht das erste Kapitel des Vellejischen Gesetzes, da der Postumus nicht als suus geboren, und eben so wenig das zweite Kapitel, da er nicht schon zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden gewesen war. Julianus argumentirt hier so: Das erste Kapitel des Vellejischen Gesetzes berücksichtigt doch immer, die nach

der in Adoption Gegebene werde hierbei nicht als Enkel, sondern als Sohn seines Großvaters betrachtet, da er das jus sui heredis nicht durch seinen Vater, sondern falls er es überhaupt in Beziehung auf seinen Urgroßvater erhalte, durch seinen Großvater erwerbe.

dem Testamente gebornen Postumen, das zweite diejenigen, welche erst durch Nachrücken — nicht schon durch ihre Geburt — Suitätsrechte erhalten. Hält man sich also nur an diese hauptsächliche Tendenz des Gesetzes und abstrahirt von den besonderen Eigenthümlichkeiten und Voraussetzungen eines jeden dieser Kapitel, so kommt man durch eine Vereinigung beider zu dem Resultate, daß die Einsetzung des Enkels zu Recht beständig sey; denn derselbe ist ja nach dem Testamente geboren, und hat durch successio in alius locum Suitätsrechte erlangt:

„Juliano tamen videtur, duobus quasi capitibus legis commixtis[86]), in hoc quoque inducere legem ne rumpantur testamenta[87]).

Hierbei wirft nun Scävola im §. 16. die Frage auf:

„Quaeremus tamen, quum recepta est Juliani[88]) sententia, an, si nascatur nepos vivo patre suo, deinde emancipetur, sponte adire possit hereditatem? Quod magis probandum est; nam *emancipatione suus heres fieri non potuit.*"

86) Cod. Lips. B. C: *coadunatis.*

87) S. über diesen Theil der Stelle auch Goveanus in comment. I. ad h. l. §. 35. und Merenda controv. Lib. XV. c. VI. §. 14.

88) Die Flor. hat *Juliano*, und diese Lesart halten Taurellus (in Ottonis thes. T. IV. p. 1624) und Merenda (l. l. §. 15.) auch für die richtige. Denn, sagen sie, wäre die Meinung Julians schon allgemein anerkannt gewesen, so würde Scävola den Fall nicht einen casum difficilem genannt haben; cum recepta sit *Juliani* sententia heiße aber nur: „cum probata sit, placeatque haec sententia Juliano.

Die meisten Ausleger behandeln diese Stelle als einen sich von selbst verstehenden Folgesatz aus dem Vorhergehenden, indem sie allenfalls noch die Bemerkung hinzufügen, daß der emancipirte Enkel die großväterliche Verlassenschaft nicht als necessarius heres erwerbe, sondern wie jeder andere sog. voluntarius heres erst durch Antretung. Dem aufmerksamen Leser dringen sich aber bald die Fragen auf: Wozu hier eine Berufung auf Julians Meinung über den im §. 15. vorgetragenen Fall? Und was will der Jurist mit den Worten: nam emancipatione suus heres fieri non potuit" (die offenbar den Schlußstein der Entscheidung bilden sollen) eigentlich sagen?

Langebeck[89]) läßt sich auf diese Fragen ein; allein er glaubt, daß der Fall gar nicht von einem emancipirten Enkel verstanden werden dürfe, da eines Theils Julians Entscheidung nur einen als Suus instituirten Enkel betreffe, mithin keinen Schluß auf das Recht eines emancipirten Descendenten zulasse; anderen Theils sich auch von selbst verstehe, daß ein solcher das Testament nicht rumpiren könne, und vollends die Bemerkung höchst überflüssig sey, daß man durch Emancipation aufhöre, suus heres zu seyn. Er glaubt daher, daß ein Wort ausgefallen sey, indem gelesen werden müsse: „si nascetur nepos vivo patre, *qui* deinde emancipetur", und denkt sich hiernach den Zusammenhang so: Julianus habe die Einsetzung des nachgebornen Enkels für giltig erklärt, wenn derselbe beim Leben seines Vaters geboren werde, und dieser vor dem Testirer mit Tode abgehe. Dasselbe müsse denn auch angenommen

89) Annot. cap. XLII. (in Ottonis thes. T. I. p. 58a.

werden, wenn der Sohn des Testirers nicht durch den Tod, sondern durch Emancipation aufhöre suus heres zu seyn, und darauf gehe die Bemerkung am Schlusse. Gezweifelt habe man indessen, ob der Enkel, wenn sein Vater die Erbschaft ausschlage, nun als necessarius heres dieselbe erwerbe, oder wie ein Extraneus durch Antretung.

Allein die Willkührlichkeit der Voraussetzungen, von welchen hier ausgegangen wird, auch bei Seite gesetzt, so muß diese Meinung doch ganz verworfen werden. — Durch Emancipation des Vaters rückte der bereits geborne Enkel als Suus ein[90]. Angenommen nun, seine auf diesen Fall gestellte Einsetzung war von Bestand, — er blieb Suus und Niemand machte ihm beim Anfall der Erbschaft dieselbe streitig. — so konnte er auch nur in dieser Eigenschaft die Erbschaft erwerben. — Aber die Einsetzung wäre in dem angenommenen Falle auch überall nicht giltig gewesen. Zuerst aus dem, oben (S. 192 fg.) näher ausgeführten Grunde: Die giltige Erbeinsetzung eines postumus nepos hängt davon ab, daß sein Vater als ein ihm vorgehender Erbe eingesetzt sey, was er ja durch Emancipation nicht aufhört zu seyn. Konnte aber dies Hinderniß auch dadurch beseitigt werden, daß der Sohn die väterliche Verlassenschaft ausschlug, so bewirkte doch jede Emancipation eines Sohnes nach civilrechtlicher Consequenz eine Ruption des Testaments, wo-

90) *Gaji* inst. II. §. 133. — §. 2. I. *de exhered. lib.* §. 2. *de hered. qual. et differ.* §. 2. I. *de hered. quae ab int. defer.* („nepos neptisve suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse sive morte id acciderit sive alia ratione, *velut emancipatione*“).

durch der gesammte Inhalt desselben, folglich auch die Einsetzung des Postumus aufgehoben ward. — Dies soll jetzt erwiesen werden.

Die eben gedachte Wirkung der Emancipation eines Sohnes hieng mit dem dabei zu beobachtenden Ritus auf das Genaueste zusammen. Dreimal mußte der Sohn mancipirt, und eben so oft manumittirt werden; erst nach der dritten Manumission ward er frei. Nach den beiden ersten Manumissionen also kehrte er in die Gewalt des natürlichen Vaters zurück [91]), agnascirte mithin demselben als postumus, und zerstörte als solcher das Testament, auch wenn er sich in demselben eingesetzt oder enterbt fand [92]). Zwar hörte er nach der Manumission auf, suus heres zu seyn, es darf daher wohl angenommen werden, daß der Prätor ihm auf sein Verlangen bonorum possessionem secundum tabulas gab, wenn er in dem Testament eingesetzt war [93]); auch ist nicht zu bezweifeln, daß er statt deren die bonorum possessio intestati nicht nachsuchen konnte, um etwa die Erb-

91) *Gaji* inst. Lib. I. §. 132. §. 134. II. §. 141.

92) *Gaji* inst. Lib. II. §. 141. „Filius, qui ex prima secundave mancipatione manumittitur, quia revertitur in potestatem patriam, rumpit ante factum testamentum; nec prodest, si in eo testamento heres institutus, vel exheredatus fuerit.") *Ulpiani* Fragm. XXIII. §. 2.: „Rumpitur testamentum — — *agnatione* — — — Agnascitur suus heres — — — — manumissione i. e. *si filius ex prima secundave mancipatione manumissus reversus sit in patris potestatem.*"

93) Arg. L. 12. pr. D. *de inj. rupto irr. f. test.* u. L. 11. §. 1. D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.)

schaft frei von Lasten zu haben [94]), so daß mithin ein solches Testament, seinem wesentlichen Inhalte nach bei Kräften blieb. Allein theils war dies ja nicht von jeher so, theils konnte die Ruption immer noch die wichtige Folge haben, daß nun ein folgender Grad nicht für gehörig eingesetzt galt. — Anders dagegen verhielt es sich, wenn Töchter und Enkel emancipirt wurden, wozu eine einmalige Mancipation genügte [95]). Allerdings fielen auch sie regelmäßig wieder in die Gewalt des Emancipirenden vor gänzlicher Beendigung der Handlung zurück, indem der, durch welchen das Geschäft vermittelt wurde (der s. g. pater fiduciarius) zur Remancipation an den ersteren verpflichtet war. Allein diese Remancipation, welche bei Söhnen erst nach dem dritten Scheinverkauf vorkam, hatte nicht, wie jene Manumissionen eine Erneuerung der väterlichen Gewalt zur Folge, sondern begründete nur das Recht des Vaters, das Kind selbst zu manumittiren, um sich die Patronatsrechte über dasselbe zu verschaffen [96]); von einer Agnition des Kindes und den Folgen derselben konnte mithin hier überall nicht die Rede seyn.

Was sich nun hieraus von selbst ergiebt, — daß nämlich nur die Emancipation der Söhne, nicht aber die der Enkel und Töchter die Ruption des Testaments zur Folge hatte, — bestätigt Ulpian sehr deutlich, wenn er

94) Tit. Dig. *si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem.*

95) *Gaji* inst. I. §. 132. 134. 135.

96) Unterholzner in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft herausgegeb. von v. Savigny ꝛc. Bd. II. S. 161 fg.

sagt: „Filia cum emancipatur, vel nepos, *quia una emancipatione exeunt de potestate*, testamentum non rumpunt“ [97]). Und gewiß ist es nicht unwahrscheinlich, daß darum Scävola in der bereits erklärten L. 29. §. 5. D. *h. t.* die Emancipation des Sohnes nicht unter den Gründen nennt, wodurch die Einsetzung eines entfernteren Descendenten wirksam werden kann, wohl aber die des Enkels [98]). Man könnte nun etwa denken, daß die Schlußworte unserer Stelle („nam emancipatione suus heres fieri non potuit“), welche ganz gewiß nicht etwa nur den trivialen Satz ausdrücken sollen: durch Emancipation wird das Suitätsverhältniß nicht begründet, sondern vernichtet, — ebenfalls auf jenen

97) L. 8. §. 1. D. *de inj. rupto irr. facto test.*

98) S. oben S. 244. und den daselbst angeführten A. Faber; ferner Cujacius und Schulting ad Ulp. Fragm. XXIII. §. 3. (Jpdentia ante — Justin. p. 646. Note 6. 7.) — Ganz willkührlich ist es, wenn Merenda (controv. Lib. XV. cap. V. §. 10., den Satz Ulpians (Not. 97.) nur auf den Fall beziehen will, wo während dem, daß der zu emancipirende Sohn in dem Mancipium des Scheinkäufer sich befand, das Testament errichtet wurde; merkwürdig aber die Art, wie Conradi (Diss. cit. super cautione Aquillii *etc.*) p. 21 sqq. die Faber'sche Idee zu widerlegen sucht. Erstlich meint er, es werde wohl nicht leicht ein Testament während der Mancipationshandlung errichtet worden seyn. Zweitens bezieht er sich auf einige vor der Auffindung der Veronesischen Handschrift von Gajus schon bekannte Stellen über die erroris causa probatio (Collat. Tit. XVI. §. 2. u. §. 3.), welche er so versteht, daß in einem solchen Falle eine Untersuchung habe eintreten müssen, ob der Vater irrthümlich den Sohn im Testamente präterirt habe oder nicht; nur im ersten Fall sey eine Ruption eingetreten!

Unterschied hindeuten, der Jurist mithin sagen wolle: „denn der Enkel wird nicht (wie der Sohn) suus heres durch Emancipation." Dies ist aber ganz unmöglich. Denn, zuerst, welcher römische Jurist würde sich wohl so ausgedrückt haben, wenn von den Wirkungen der Emancipation die Rede war: sie begründe Suitätsrecht, oder, sie begründe sie in einem Falle nicht! Nicht die Emancipation selbst, sondern der sie vorbereitende Ritus hatte die Folge, daß nach der juristischen Consequenz angenommen werden mußte, der Sohn sey während der Emancipationshandlung aus einer fremden Gewalt in die seines Vaters wieder zurückgefallen, zerstöre also dessen Testament, da er nun gleichsam als Suus eintrete. Und dann, in welchem Zusammenhange könnte dies mit dem vorgetragenen Falle selbst stehen? Hier war ja nicht die Rede von der Giltigkeit und dem Rechtsbestande der Erbeinsetzung, — denn darüber zweifelte Scävola wegen der recepta sententia Juliani überall nicht, sondern von ihrer Wirkung in Beziehung auf die Art des Erbschaftserwerbs. Darauf allein wird die Frage gerichtet, und jede Voraussetzung, wodurch ihr Umfang erweitert wird, muß allemal etwas Willkührliches behalten. — Beziehen wir nun hierauf die Schlußworte, so sagen sie: durch die Emancipation ward es verhindert, daß der Enkel überhaupt Suus werden konnte [99]. Daraus wird es denn deutlich, daß derselbe noch beim Leben seines Vaters emancipirt wurde. Allein wie konnte Scävola alsdann die Einsetzung dieses Enkels für giltig und wirksam erklären, und wie hängt dieser Fall zusammen mit dem von Julianus entschiedenen, wo der Enkel als Suus eingesetzt war und auch als Suus erbte? Eine völlig

99) Merenda controv. Lib. XV. c. VII. §. 16.

sichere Antwort auf diese Frage möchte nicht möglich seyn; sehr wahrscheinlich aber ist der Zusammenhang folgender:

Julian hatte mittelst Combination der Principien, worauf das erste und das zweite Kapitel der Lex Velleja beruhet, die Einsetzung eines Enkels für zulässig erklärt, der beim Leben seines Vaters geboren, durch den Tod desselben aber suus heres seines Großvaters geworden war. Bis auf einen Punkt nun geht der in unserer Stelle erwähnte Fall mit jenem allerdings parallel: Der eingesetzte Enkel ist zu einer Zeit geboren, wo ihm sein Vater noch vorgieng, dieser indessen vor dem Testirer gestorben, so daß der Enkel der nächste zur großväterlichen Verlassenschaft ist; nur ist er nie Suus geworden, da er von dem Großvater noch bei des Vaters Leben emancipirt wurde. Allein dies soll dem Testamente nicht im Wege stehen. Denn (so argumentirte man) wird die Einsetzung darum für giltig erklärt, damit nicht der Enkel durch seinen Eintritt als suus heres das Testament rumpire, warum soll sie denn nicht weniger gelten, weil derselbe in eine Lage kommt, welche ihm das Rumpiren unmöglich macht [100])? War man nun hierüber einig, so konnte freilich nur noch gefragt werden: ob der emancipirte Enkel als necessarius, oder als s. g. voluntarius heres erbe? Für Letzteres erklärt sich Scävola mit Recht, da die Emancipation das Verhältniß aufgehoben hatte, wodurch die Eigenschaft eines necessarius heres in diesem Sinne bedingt ist. — Es leidet hiernach übrigens keinen Zweifel, daß man sich für die Aufrechthaltung der Einsetzung auch alsdann erklärt haben würde, wenn der Enkel erst nach seines Va-

100) Vgl. Merenda l. l. §. 17.

ters Tode emancipirt worden, mithin des Großvaters Gewalt als Suus unterworfen gewesen wäre, da die Gründe hier vollkommen gleich sind; nur kann die Stelle nicht von diesem Falle verstanden werden.

So natürlich nun aber auch jene Argumentation an sich ist, so muß es dennoch auffallend erscheinen, daß man die recepta Juliani sententia so ohne weiteres hier anwandte, wo man sich auch noch über die Regel hinwegsetzen mußte, daß ein Postumus nur als Suus eingesetzt werden dürfe. Aber sollte etwa Julian schon den Grundsatz ausgesprochen haben: wenn ein (civilrechtlicher oder prätorischer) Notherbe sich beim Anfall der Erbschaft im Testamente eingesetzt findet, so gilt das Testament? Gewiß nicht. Julian wirkte und schrieb bekanntlich unter Hadrian. Noch Gajus aber trägt den Grundsatz vor, daß, wenn Jemand als Extraneus giltig eingesetzt sey, aber auf künstliche Weise (z. B. durch Adoption) unter die Gewalt des Testirers komme, dadurch das Testament rumpirt werde, und so umgekehrt der Sohn, welcher als Suus giltig eingesetzt oder enterbt, hinterher aber emancipirt werde:

> „Si quis post factum testamentum adoptaverit sibi filium — — — — — — omnimodo testamentum ejus rumpitur quasi agnatione sui heredis. — — — — — *Nec prodest, si* — — *qui adoptatus est, in eo testamento sit institutus.* — — Filius quoque, qui ex prima secundave mancipatione manumittitur, quia revertitur in potestatem patriam, rumpit ante factum testamentum; *nec prodest, si in eo testamento heres institutus, vel exheredatus fuerit*" [1]).

1) *Gaji* inst. II. §. 141.

Und daß Gajus hier nicht etwa nur altes Civilrecht referiren will, sondern einen zu seiner Zeit noch geltenden Rechts-Grundsatz, beweis't die Art, wie er sich über eine erst durch ein Senatusconsult unter Hadrian aufgekommene Ausnahme erklärt. Ein gleiches Recht (fährt er nämlich fort) habe auch für den Fall statt gefunden, wenn das zwischen einem civis Romanus und einer Latina oder Peregrina erzeugte Kind durch erroris causa probatio die Civität und Familienrechte erlangt habe [2]; jenes Senatusconsult habe dies indessen dahin abgeändert, daß ein solches Kind das Testament nicht rumpire, worin es eingesetzt oder ausgeschlossen sey, vorausgesetzt, daß die causae probatio erst nach des Vaters Tode erfolge; sonst sollte er also auf's Neue testiren müssen:

„Nunc vero ex novo senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est, siquidem vivo patre causa probatur, aeque ut olim omnimodo rumpit testamentum; si vero post mortem patris, praeteritus quidem rumpit testamentum, si vero heres in eo scriptus est, vel exheredatus, non rumpit testamentum, ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur eo tempore, quo renovari non possent“ [3].

Durch Julian selbst konnte also die Regel nicht anders bestimmt seyn. — Dagegen wird in mehrern Pandekten-Stellen die Einsetzung eines Extraneus, der nachmals adoptirt wurde, für giltig und wirksam erklärt, weil er ja als Extraneus eingesetzt werden durfte, und beim Anfall der Erbschaft, wo er Suus war, sich im Testa-

2) *Gaji* inst. II. §. 142.

3) Lib. II. §. 143.

ment berücksichtiget findet. So sagt eben Scävola, der Verfasser der L. 29. h. t. und Zeitgenosse des Gajus [4]):

„Si, qui heres institutus est a testatore, arrogetur, *potest dici, satis ei factum, quia et ante, quam adoptetur, institutio ut in extraneo locum habebat* [5]).

Und auf ähnliche Art entscheidet Papinian den Fall, wenn der eingesetzte Extraneus an Enkels Statt adoptirt wird:

„Si Titius heres institutus loco nepotis adoptetur, defuncto postea filio, qui pater videbatur, nepotis successione non rumpitur testamentum ab eo, *qui heres invenitur*" [6]).

Förster glaubt zwar, daß hier der Extraneus auf den Fall, wenn er durch Adoption Suus heres geworden seyn würde, eingesetzt sey [7]). Allein dann würde Scävola seine Entscheidung nicht darauf gestützt haben, daß die Einsetzung, an sich betrachtet, als Einsetzung eines Extraneus ausser Zweifel habe geschehen dürfen, und eben so wenig hätte Papinian sagen können: es genüge, wenn der, welcher beim Tode des Testirers suus heres ist, sich eingesetzt finde (Note 6). Es ist also klar, daß hier ein ganz anderes Recht vorgetragen wird, wie von Gajus. Auch darf wohl nicht bezweifelt werden, daß Gajus, der als Sabinianer den laxen Interpretationen

4) Zimmern Gesch. des röm. Privatrechts. Bd. 1. §. 93. S. 342. u. §. 97. S. 359.

5) L. 18. D. *de inj. rupto irr. facto test.*

6) L. 23. §. 1. D. *h. t.*

7) Foerster de bon. poss. lib. praeter. p. 117 sq. u. p. 297 sq.

nicht zugethan war [8]), den in dem Schlußsatze der L. 29. vorgetragenen Fall nicht so entschieden haben würde, wie Scävola, auch wenn die dort erwähnte Ansicht Julians an sich in der Praxis recipirt war. Scävola dagegen, welcher bei der Erläuterung der Formel des Aquilius und des Vellejischen Gesetzes durchgängig auf Erweiterung der gegebenen Bestimmungen bedacht ist, trägt auch kein Bedenken, die Entscheidung Julians in einem höheren Sinne zu verstehen und anzuwenden. Er construirte sich das dabei zu Grunde liegende Princip etwa so: ist die Einsetzung an sich giltig, so soll ihre Wirksamkeit auch dadurch nicht gehindert werden, daß der Eingesetzte auf eine andere Art, als der Buchstabe der vorhandenen Normen bestimmt, zur Erbfolge befähigt wird. Der in dem Julianischen Falle eingesetzte Enkel mußte nach strenger Interpretation das Testament rumpiren, mithin, da er beim Tode des Großvaters immer der Nächste war, ab intestato erben. Läßt nun Julian die Ruption dennoch nicht eintreten, so muß auch (schließt Scävola) aus gleichem Grunde die Einsetzung bei Kräften bleiben, wenn der Eingesetzte beim Anfall der Erbschaft nicht civilrechtlicher, sondern nur prätorischer Notherbe ist. Er gieng daher nicht einmal weiter, sondern wandte dieß nämliche Princip nur auf andere Weise an, wenn er die Einsetzung eines Extraneus, welcher später durch Adoption Suitätsrecht gegen den Testirer erhält, für wirksam erklärt. Den Grund seiner Entscheidung giebt er deutlich genug zu erkennen: der Testamentserbe konnte ja als Extraneus giltig eingesetzt werden; warum sollte denn diese Einsetzung deshalb ihre Wirksamkeit verlieren, weil derselbe Adoptiv-Sohn des Testirers wird! Daß dies

8) Dirksen Beiträge zur Kunde des röm. Rechts S. 46 fg.

anerkanntes Recht sey, behauptet er übrigens nicht, sondern er sagt nur, daß es sich rechtlich vertheidigen lasse („*potest* dici, satis ei factum“ u. s. w.). Indessen die Zeit war eingetreten, wo man sich gern und leicht der Fesseln entledigte, welche die Formen und Vorschriften des Civilrechts einer freien Entwickelung und Anwendung der Rechts-Ideen anlegten. Es bedurfte nur einer Anregung von aussen, um das Recht in dem neueren Sinne fortzubilden; fehlte es an dieser, so mußte freilich Manches, was dazu nicht recht passen wollte, noch für anwendbares Recht gelten, und so erklären sich denn einzelne Inconsequenzen, die sich wenigstens in der Theorie auch des klassisch-römischen Rechts finden. — Scävola's Lehre, als die zeitgemäßere, mußte also die von Gajus vorgetragene bald verdrängen, und Papinian spricht schon das Princip, welches hier zur Anwendung kam, viel bestimmter und zugleich allgemeiner aus, wenn er sagt: es genügt, daß der, welcher das nächste Recht zur Erbfolge hat, sich eingesetzt findet.

Aber man blieb hierbei nicht stehen; auch die Enterbung eines Descendenten soll bei Kräften bleiben, wenn derselbe später der Gewalt des Testirers unterworfen wird, oder in dieselbe zurückkehrt. Tryphonin, da wo er sagt: es werde auch das Testament eines filiusfamilias miles rumpirt, wenn seine Kinder nachmals in seine Gewalt kommen [9]), bemerkt hierbei: „Sed si heres sit institutus vel exheredatus iste ejus filius non rumpetur, *quia nullo circa eum novo facto, sed ordine quodam* naturali nactus est potestatem.“ Imgleichen erklärt Papinian die Enterbung eines emancipirten Sohnes,

9) L. 28. §. 1. D. *h. t.* (S. oben S. 162.)

welcher nach dem Testamente von seinem Vater wieder adrogirt wurde, für giltig: „Filio, quem pater post emancipationem a se factam iterum arrogavit, exheredationem antea scriptam nocere dixi. Nam in omni fere jure sic observari convenit, *ut veri patris adoptivus filius nunquam intelligitur, ne imagine naturae veritas adumbretur, videlicet quod non translatus, sed redditus videretur.* Nec multum puto referre, quod ad propositum attinet, quod loco nepotis filium exheredatum pater arrogaverit.“ 10). — Also selbst, wenn der Sohn durch die Adrogation nicht einmal in sein altes Verhältniß zurücktritt, sondern die Rechte eines Enkels erhält, soll die Enterbung noch fortwirken. Hiezu scheint nun freilich der Grund: durch eine solche Adoption werde kein neues Recht begründet, sondern nur das alte Verhältniß wieder hergestellt, eben so wenig zu passen, als es für consequent gehalten werden kann, wenn man der Adoption eines emancipirten oder in Adoption gegebenen Sohnes nicht einmal die Wirkung beilegte, daß die in der Gewalt des Großvaters zurück gebliebenen Enkel nach dem Tode desselben unter die Gewalt ihres natürlichen Vaters fielen 11). War man indessen einmal so weit gegangen, so mußte man auch die Enterbung eines in fremder Gewalt befindlichen Sohnes für giltig und wirksam erklären, falls nämlich späterhin der Sohn wieder Notherbe des Testirers wurde. Lebte der Sohn in feindlicher Gefangenschaft, so verstand sich dies gewißer

10) L. 23. pr. D. *h. t.* — Auf ähnliche Art äußert sich Ulpian mit Berufung auf Papinian L. 8. §. 7. D. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII. 4.)

11) L. 41. D. *de adopt.* (I. 7.)

maßen von selbst, da dem Postliminium die Fiction zum Grunde lag, daß der Rechtszustand des Sohnes sich nie geändert habe [12]. Aber es galt auch für den Fall, wenn der natürliche Vater den Sohn enterbte, während er sich in der Gewalt eines Adoptivvaters befand, und dieser denselben vor dem Tode des ersteren wieder emancipirte. „Si filium in adoptiva familia constitutum pater naturalis exheredaverit, deinde sit filius emancipatus, nocebit ei exheredatio" [13]. Daß er hier als prätorischer Notherbe erscheint, ist gleichgültig, da er auch als solcher auf gleiche Berücksichtigung im väterlichen Testamente einen Anspruch zu machen hatte, wie der Civilerbe [14]. — Dagegen die Enterbung eines Extraneus (d. h. hier: eines solchen, welcher auch nicht einmal noch prätorische Notherbenrechte hat) ist eine an sich bedeutungslose Handlung [15]; darum kann sie denn auch dadurch nicht wirksam werden, daß der Enterbte später erst Kindesrechte gegen den Testirer erwirbt. „Sed in extraneo (sagt Ulpian) Marcelli sententiam probat (sc. Papinianus), ut exheredatio ei arrogato postea non noceat" [16]. Und dies Recht durfte auch

12) L. 8. §. 9. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII. 4.) — Daß die L. 31. D. *h. t.* von dem Falle zu verstehen ist, wenn der Sohn nicht wieder aus der feindlichen Gefangenschaft zurückkommt, bedarf kaum einer Bemerkung.

13) L. 8. §. 10. D. *de bon. poss. contra tab.*

14) Forster de bon. poss. liber. praeter. p. 299. §. 73.

15) L. 132. pr. in f. D. *de V. O.* (XLV. 1.)

16) L. 8. §. 8. *de bon. poss. contra tab.* — Daraus geht hervor, daß die Enterbung unehelicher Kinder, welche nach errichtetem Testamente legitimirt werden, nicht wirkend ist. Franke Notherbenrecht S. 44.

nicht abgeändert werden, ohne gegen das natürliche Rechtsgefühl eben so sehr, wie gegen die Consequenz zu verstoßen. Denn, wenn Jemand glaubt einen Menschen enterben zu müssen, welchen er als Kind annimmt, so wird jeder erwarten, daß er dies zu einer Zeit erkläre, wo er es nöthig hatte, denselben im Testamente zu berücksichtigen. — Ueberhaupt aber war jetzt das Recht, Postumen mit Notherbenrecht einzusetzen oder zu enterben, im Ganzen vollständig und so bestimmt, wie die Rücksicht auf Sicherheit des Rechts einer Seits und auf die Willens- und Dispositionsfreiheit des Testirenden anderer Seits es erforderte. Wenig blieb hier zu ergänzen übrig, wie dies aus der jetzt folgenden übersichtlichen Darstellung dieses Rechts sich ergeben wird, wobei jedoch der Vollständigkeit halber nicht blos die Resultate der bisherigen Untersuchungen berücksichtigt werden dürfen.

1) Schon nach dem Stand der Quellen zur Zeit der juristischen Klassiker war die Einsetzung und meistens auch die Enterbung aller und jeder postumi sui möglich, mochten dieselben von dem Testirer aus rechter Ehe abstammen, oder nur auf künstliche Art (in manum conventio, Adoption, causae probatio und später Legitimation) sui heredes werden; mochten sie zur Zeit der Testamentserrichtung bereits am Leben seyn, und durch Nachrücken (successio in alius locum) Suitätsrecht erhalten, oder erst nachher geboren werden. Es war im letzteren Falle nicht einmal nöthig, daß sie zur Zeit der Testamentserrichtung schon concipirt seyen[17]), auch von einem noch Unverheiratheten, ja sogar von

17) Nur wenn der Erblasser stirbt, muß der Postumus concipirt seyn. L. 6. L. 7. D. *de suis et legit.* L. 3. D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.)

einem, der bereits verheirathet war, konnten die Postumen aus einer künftig erst zu vollziehenden Ehe eingesetzt werden [18]. Und daß ein Verheiratheter auf diese Weise testirte, konnte auch nicht etwa für unschicklich gehalten werden; denn es war ja dadurch noch keineswegs die Absicht ausgesprochen, die bestehende Ehe aufzulösen und eine andere einzugehen, es wurde vielmehr so angesehen, daß der Testirer nur die Ruption eines Testaments durch Berücksichtigung aller möglichen Fälle des Agnascirens zu verhüten gesucht habe. Nur muß dabei an Abstammung aus rechter Ehe gedacht werden, und wenn Paulus sagt: „Postumum ex qualibet vidua natum sibi filium heredem instituere potest [19]), so ist damit eine unverheirathete Frauensperson, gleichviel ob Wittwe oder Jungfrau [20]), gemeint, mit welcher der Testirer eine Ehe einzugehen beabsichtigt. Es folgt daraus aber auch von selbst, daß die Einsetzung eines Postumus von einer Frau, mit welcher man nicht verheirathet seyn darf, ungiltig ist, d. h., schon von vorne herein als nichtig in sich zerfällt [21]), ausser in so ferne künftig einmal eine Heirath möglich würde; darum darf man denn einen Postumus aus seiner Adoptiv-Schwester giltig einsetzen, weil man diese heirathen darf, wenn das Agnationsverhältniß mit ihr durch Emancipation aufgelöst ist. Nur die Einsetzung eines Postumus von einer Frau, welche an einen andern Mann verhei-

18) L. 4. L. 5. D. *h. t.*

19) L. 27. D. *h. t.*

20) L. 242. D. *de Verb. sign.*

21) L. 9. §. 1. und §. 3. D. *h. t.* (Die nähere Erklärung dieser und verwandter Stellen kann erst unten beim §. 1442. erfolgen.)

rathet ist, darf nicht geschehen[22]), weil hierin immer etwas Unschickliches liegt, obgleich eine Heirath mit ihr sehr wohl möglich werden kann.

2) Es kann nicht blos die Einsetzung eines (verus oder quasi-) postumus auf den Fall seiner Suität erfolgen, sondern jede an sich giltige Erbeinsetzung ist wirksam, wenn nur der Eingesetzte beim Anfall der Erbschaft als Notherbe befunden wird. Dies gilt sowohl für den Fall, wenn ein als suus eingesetzter Postumus auch nur prätorischer Notherbe ist[23]), als auch, wenn der als Extraneus eingesetzte Erbe später suus heres wird[24]).

3) Schon nach dem Pandekten-Rechte kann jede durch agnatio postumi mögliche Ruption des Testaments ausgeschlossen werden, wenn man sich dazu einer Einsetzungs- oder Enterbungs-Formel bedient, welche hinreichend bestimmt ist, und über die Absicht des Testirers keinen Zweifel übrig läßt. Veranlaßt war dies wohl schon durch die Lex Velleja, welche ja keineswegs eine Enterbungsform vorschrieb, sondern nur die Einsetzung von Postumen möglich machte, die früher nicht eingesetzt werden konnten. (S. oben S. 202. N. 44.) Die Form der Einsetzung war daher einem Jeden überlassen, wenn nur der Fall selbst, worauf sie sich bezog, gestattet war. Schon Pomponius sagt: „Commodissime is, qui nondum natus est, ita heres instituitur: „„sive vivo me, sive mortuo natus fuerit heres esto““, *aut etiam pure*, neutrius temporis habita mentione“[25]).

22) L. 9. §. 4. D. *h. t.*

23) L. 29. §. ult. D. *h. t.*

24) L. 23. §. 1. D. *h. t.* L. 18. D. *de inj. rupto irr. facto test.*

25) L. 10. D. *h. t.* — So erklärt Africanus (L. 47. §. 1.

Und daß Scävola in dieser Beziehung auch nichts neues einführen wollte, ergiebt sich deutlich genug aus der Art, wie er sich über die General-Formel äussert, indem er meint, es lasse sich die Einsetzung der nach dem Tode gebornen Descendenten auch wohl so auslegen, als wenn der Testirer sich einer allgemeineren Formel bedient hätte [26]). Imgleichen findet Ulpian kein Bedenken, folgende Enterbung: *postumus exheres esto*, als giltig zu erklären, und zwar für alle Fälle, der Postumus möge schon beim Leben des Testirers geboren seyn, oder erst nach dessen Tode erscheinen [27]). Ueberhaupt scheint man darüber kaum gestritten zu haben; die Streitfragen beziehen sich — wenigstens nach den auf uns gekommenen Quellen — nur auf die Fragen: ob man die vorhandenen Rechtsnormen über Einsetzung der Postumen durch analogische Schlüsse ausdehnen, und wie weit man hierin gehen dürfe; sodann: ob man von einem in der Einsetzungsformel ausgedrückten Falle auf einen nicht ausgedrückten schließen könne? — wie denn bekanntlich ein ganz ähnlicher Streit über die Auslegung einer nur auf einen Fall gestellten Substitution statt fand [28]). Scävola war allenthalben für eine ausdehnende Erklärung, wie wir gesehen haben, wenn er gleich meistens mit Vorsicht und genauer Erwägung der Zweifelsgründe verfährt, auch die entferntere Analogie verwirft, wo sich eine nä-

D. *de heredib. inst.*) auch die Einsetzungsformel für giltig: „Si quid mihi liberorum me vivo mortuove nascetur,“

26) L. 29. §. 6. in f. D. *h. t.* (S. oben S. 253.)

27) L. 3. §. 5. D. *de inj. rupto irr. f. test.*

28) *Cicero* de orat. I. 39. II. 33. — L. 4. pr. u. §. 1. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.) L. 4. C. *de impub. et al. substit.* (VI. 26.)

here findet. Andere Juristen dagegen, auch wenn sie für eine Ausdehnung der Fälle selbst sind, wollten doch von einer ausdehnenden Erklärung der im Testamente gebrauchten Einsetzungsworte nichts wissen. Daß auch Julian zu diesen gehört, wird gewöhnlich behauptet, wegen folgender Stelle aus dem neun und zwanzigsten Buche seiner Digesten [29]: „Si pater filium impuberem heredem scripserit, et ei substituerit, „„si quis sibi *post mortem* natus fuerit““, deinde vivo fratre postumus natus erit, testamentum vivo [30] rumpetur; post mortem autem fratris vivo patre natus solus heres patri suo existet.“ Die Ausleger halten den Text gewöhnlich für sehr corrumpirt. Manche wollen vivo *patre* lesen (statt fratre) [31]; das folgende *vivo* (bei testamentum) erklären die Meisten für überflüssig und sinnwidrig. Die erste Emendation muß aber jedenfalls verworfen werden, weil sich aus dem Schlußsatz ergiebt, daß Julianus sich hier folgende Alternative dachte: der Postumus ist entweder beim Leben seines Bruders, oder erst nach dessen Tode erschienen. — Genau genommen gehört aber diese Stelle auch überall nicht

29) L. 26. D. *de vulg. et pup. subst.*

30) Das *vivo* fehlt in den mehrsten Ausgaben und Handschriften S. ed. *Geb. Sp.* ad h. l. not. 95.

31) Unter diesen sind auch Goveanus in der rep. prael. ad L. 29. *de vulg. et pup. subst.* opp. p. 141., so wie Cujacius (opp. poster. ed. Par. T. IV. P. I. p. 971. und opp. poster. P. III. — u. in Lib. XXX. Digest. Salviani — p. 209.) — *Ant.* Faber conj. Lib. IX. c. 5. in f. will den Ausdruck *vivo patre* ganz getilgt wissen. Anderer Meinung ist er indessen wieder in den Errores Pragmatic. Dec. XXXIII. Err. 1.

bisher. Sie enthält nur eine Anwendung des Grundsatzes: wenn dem eingesetzten Erben Jemand substituirt ist, und es erscheint ein gar nicht oder nicht gehörig berücksichtigter Postumus als Notherbe zu einer Zeit, wo der Erbe möglicherweise noch succediren konnte, so ist das Testament in jedem Falle rumpirt; erscheint er aber erst, nachdem der institutus heres schon weggefallen war, so gilt nun der Substitut für instituirt, und es kommt mithin nur darauf an, ob der Postumus gehörig berücksichtigt, d. h. eingesetzt oder enterbt ist [32]. Ist er nun selber substituirt, so erscheint er in dem zweiten Falle ebenfalls als instituirter Erbe, das Testament gilt also; wogegen in dem ersten Falle die Substitution als gar nicht vorhanden, der postumus vielmehr als präterirt anzusehen ist, mithin aus dem Testamente nicht geerbt werden kann, wenn auch der ihm vorgezogene Bruder beim Tode des Testirers wieder weggefallen war. Gleichgiltig ist es denn in beiden Fällen, ob der Testirer selber bei der Geburt des Postumus noch lebte, oder nicht. Will man nun ja diese Stelle auf die Frage anwenden, mit der wir es eigentlich zu thun haben, so würde Julian vielmehr zu denen gehören, welche auf den buchstäblichen Ausdruck der Einsetzung kein Gewicht legten. Denn die Einsetzung, von der er spricht, ist giltig, wenn gleich der Postumus schon beim Leben des Testirers, jedoch nach dem Tode seines Bruders erscheint; sie ist im entgegengesetzten Falle allemal ungiltig. — Entschieden

32) L. 5. in f. D. *de inj. rupto irr. f. test.* — S. Goveanus l. l. (opp. p. 141 sq.), Cujacius in comment. ad tit. *de vulg. et pup. subst.* (opp. post. ed. Par. T. IV. p. 971. — In seinem Commentar ad Libr. Digestor. Juliani — s. Note 31. — interpretirt er anders).

dagegen ist Pomponius der Meinung, daß die Einsetzung wirkungslos sey, wenn nicht der speciell ausgedrückte Fall, sondern ein anderer eintrete. „Si alteruter casus (fährt er in der oben angeführten Stelle fort) omissus fuerit, eo casu, qui omissus est, natus rumpit testamentum, quia ne sub conditione quidem scriptus heres intelligitur, qui in hunc casum nascitur, qui non est testamento comprehensus"[33]). Und ähnlich äußert sich Paulus: „Talis est postumorum institutio: „„si qui post mortem meam postumi nati fuerint, heredes sunto."" Si vivo eo nascantur, rumpunt testamentum"[34]). Diese Streitfrage entschied nun Justinian in einer Constitution aus dem Jahre 530, welche eine der quinquaginta decisiones ist, und sich im Codex constitutionum als L. 4. C. *h. t.* (VI. 29.) findet[35]). Im Eingange führt er das Beispiel eines Testaments an, in welchem ein Postumus eingesetzt war, welcher nach des Testirers Tode geboren werden würde, und fährt nun also fort: „Jurgium antiquis interpretatoribus legum exortum est, an videantur non contineri testamento, et hoc ruptum facere[36]). No-

33) Die Interpreten erörtern bei Gelegenheit dieser Stelle meistens die Rechtsfrage: „num in ultimis voluntatibus extensio de casu ad casum admittatur"? S. *Ant.* Merenda controv. jur. civil. Lib. IV. cap. IV.; wo die verschiedenen Meinungen vollständig aufgezählt werden.

34) *Paulus* recept. sent. Lib. II. Tit. IV. B. §. 9.

35) Cujacius ad L. 10. D. *h. t.* (opp. prior. T. I. p. 1086.) *Edm.* Merillius exposition. in quinq. decis. Justiniani (Lut. Par. 1618.) p. 398 sqq.

36) Mit Recht bemerkt Merillius, daß der Kaiser den Streitpunkt unvollständig bezeichne; er will sagen: es wurde dar-

bis itaque eorum sententiam decidentibus, quum frequentissimas leges posuimus testatorum voluntates adjuvantes, ex neutra hujusmodi verborum compositione ruptum fieri testamentum videtur, sed sive vivo testatore, sive post mortem ejus intra decem menses a morte testatoris numerandos, filius vel filia fuerint progeniti, maneat testatoris voluntas immutilata, ne poenam patiatur praeteritionis, qui suos filios non praeteriit." — Ungeachtet nun hier die gesetzliche Bestimmung nur auf einen besonderen Fall gestellt scheint, auch der Kaiser den Streitpunkt keineswegs deutlich hervorhebt (f. Note 36), so ist doch klar ausgesprochen, daß es auf den Ausdruck der Einsetzung überall nicht ankommen solle, sondern wenn nur der Testirer einen nachgebornen (oder nachrückenden) Notherben nicht ganz präterirt hat, die Einsetzung auf alle mögliche Fälle des Agnascirens bezogen werden solle. — Auf Enterbungen darf man diese Vorschrift aber nicht beziehen, nach dem auch im neueren Rechte geltenden Grundsatze: exheredationes non esse adjuvandas [37]). So wie man indessen auch durch eine allgemeine Enterbungsformel alle Fälle umfassen konnte [38]), so war die Enterbung wirksam, wenn man sich etwa so ausgedrückt hätte: „wer mir noch geboren wird, Sohn oder Tochter, soll enterbt seyn", und nun dem Erblasser Sohn und Tochter geboren wurden; denn die Absicht des Testirers ist hier, ungeachtet der scheinbar disjunctiven

über gestritten, ob auch von einem ausgedrückten auf einen nicht ausgedrückten Fall nach der vermuthlichen Willensmeinung des Testators geschlossen werden dürfe?

37) L. 19. D. h. t.

38) L. 3. §. 6. D. *de inj. rupto irr. f. test.*

Form, deutlich genug ausgesprochen. Dies bestätigt eine Stelle von Paulus [39], welcher doch selbst bei der Einsetzung eines Postumus für die strenge Interpretation war: „Si ita facta sit exheredatio: *si filius filia natus natave sit*, *exheres esto*, *utrisque natis non rumpitur testamentum* [40]). Ein anderes wäre es, wenn der Ausdruck selbst auf eine Beschränkung hinweist, d. h. nach grammatischen Regeln auf einen anderen, als den namentlich bestimmten Fall nicht wohl bezogen werden kann. Daher erklärt denn Ulpian die Einsetzung: „si mihi filius *unus* nascetur, exheres esto" mit Grund für unwirksam, falls eine Tochter, oder mehrere Kinder geboren werden [41]).

Ungeachtet nun die Rechtsnormen über Einsetzung der Postumen und deren allmählige Erweiterung durch Interpretation einem Testirer es möglich zu machen scheint, alle seine wirklichen oder Quasi-Postumen — im Testamente zu berücksichtigen, so gab es doch einige Fälle, für

39) L. 14. D. *de inj. rupto irr. f. test.*

40) Bei Haloander *Venet.* Tortis 1502. und einigen andern fehlt das *Non* vor rumpitur. Doch ist kein Grund vorhanden, von der Flor. (mit welcher auch *Venet.* Rubeor. 1477. u. a. alte Editionen übereinstimmen) abzuweichen. S. *Ant.* Augustini emendation. et opinion. Lib. IV. c. XVII. (opp. T. II. p. 91.) *Siegm. Reich.* Jauchius de negationib. Pand. Flor. *etc.* p. 97. — Auch die Basiliken (Lib. XXXIX. Tit. II. Tom. V. p. 275.) bestätigen die gewöhnliche Lesart, und in dem dazu gehörigen Schol. h. (p. 281.) wird sogar auf den Gegensatz ausdrücklich aufmerksam gemacht, worin diese Stelle mit der gleich folgenden von Ulpian (L. 1. §. 3. D. *de ventre in poss. mitt.*) steht.

41) L. 1. §. 3. D. *de ventre in poss. mitt.* (XXXVII. 9.)

welche diese Möglichkeit immer noch fehlte, oder doch zweifelhaft blieb.

a) Wir haben oben gesehen, daß die Einsetzung eines Postumus mit der Aquilischen oder einer im Effect ihr gleichkommenden Formel unwirksam ist, wenn der zunächst stehende Notherbe nicht ebenfalls eingesetzt, sondern enterbt wird, indem diese Enterbung in Folge der Regel: nemo post mortem suam exheredari potest, nicht zu Recht besteht (S. oben S. 198). Dürfte man hier einer bloßen Consequenz folgen, so müßte man dies auch auf die Einsetzung der Postumen nach dem Velleïschen Gesetze anwenden [42]). Denn da Enterbung an sich das Suitätsverhältniß nicht aufhebt, mithin der Postumus, so lange der ihm vorgehende Suus existirt, nur als alienus postumus in Betracht kommen kann, so darf jede auf den Fall der Suität desselben gestellte Einsetzung streng genommen nur dahin interpretirt werden: mein Sohn soll enterbt seyn, und falls er aufhört suus zu seyn, der Enkel von ihm eingesetzt; immer also scheint der erstere für den Fall, daß er Suus bleibt, nicht enterbt seyn zu sollen, mithin fehlt es der Enterbung an der nöthigen Bestimmtheit, was bekanntlich einer Präterition gleichsteht. Indessen scheint man dies doch nicht angenommen zu haben [43]); wenn man also auf der einen Seite den Satz: nemo post mortem suam exheredatur, streng zur Anwendung brachte, so war man doch auf der andern Seite auch gegen die Ausdehnung auf solche Fälle, worauf das zu Grunde liegende Princip paßte.

42) Dies behauptet auch A. Faber conj. Lib. IX. c. X. p. 257.

43) L. 29. §. 13. in f. D. h. t.

Seitdem übrigens der Prätor auch einem alienus postumus eine secundum tabulas bonorum possessio gab [44]), und die generellen Einsetzungsformeln in Gebrauch kamen, konnte ohne Zweifel alle und jede Anwendung jenes Satzes ausgeschlossen werden, wenn die Einsetzungsformel so allgemein gefaßt wurde, daß sie auch den Fall mit umfaßte, wo der Postumus nur als alienus postumus erbte. Nun war hier nichts mehr unbestimmt; der suus heres war für alle und jede Fälle, wo er sonst ein Erbrecht gehabt hätte, ausgeschlossen, und der Postumus fand sich eingesetzt, er möchte nun beim Anfall der Erbschaft Notherbenrechte haben, oder nicht. Daß Scävola hierüber nichts sagt, hat, wie bereits bei anderer Gelegenheit bemerkt wurde, darin seinen Grund, daß er bei seiner Erklärung der Aquilischen Formel und des Vellejischen Gesetzes überhaupt nicht von dem Einfluß des prätorischen Edicts auf das Einsetzungs- und Enterbungs-Recht spricht, sondern nur die Bedeutung entwickelt, welche jenen Normen im Civilrecht zukommt [45]).

b) Schwieriger noch scheint die Beantwortung der Frage (wenigstens nach vorjustinianischem Rechte): ob die Emancipation eines Sohnes allemal die Wirksamkeit der Einsetzung eines an seine Stelle als suus heres einrückenden postumus hinderte? Daß dies nach strengen Begriffen des Civilrechts der Fall seyn mußte, wurde oben (S. 272—280.) dargethan. Auf das testamentarische Erbrecht des emancipirten Sohns selbst hatte

44) Pr. *Inst. de bon. poss.* L. 3. D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.)

45) S. oben S. 191. und daselbst Note 17; auch S. 218.

dies praktisch keinen besonderen Einfluß, da er nach anerkannten Grundsätzen des prätorischen Rechts eine secundum tabulas bonorum possessio erhielt (siehe ebendaselbst). Und wäre dies nicht der Fall gewesen, so würde man allenfalls auch hierauf den durch Interpretation aufgekommenen Rechtssatz angewandt haben: daß es genüge, wenn ein Notherbe sich zur Zeit des angefallenen Erbrechts eingesetzt finde [46], was aber ungerächt geschahe, da ohnehin für die Aufrechterhaltung der Disposition gesorgt war. Auf den Postumus konnte indessen dieser Rechtssatz hier nicht bezogen werden, indem zu seiner Anwendung doch immer vorausgesetzt werden mußte, daß das Testament nicht durch einen Andern rumpirt sey, und darum half es in diesem Falle auch nichts, daß etwa die Einsetzung des Postumus in genereller Form erfolgt war. Eher konnte er ebenfalls eine secundum tabulas bonorum possessio erhalten, obwohl genau genommen die Bedingungen derselben hier nicht vorhanden waren, wenn auch — wie überhaupt bei dieser Frage vorausgesetzt werden muß — der emancipirte Sohn beim Anfall der Erbschaft den nachgebornen oder nachrückenden Kindern nicht mehr im Wege stand. Denn, läßt sich gleich das durch die Emancipationshandlung bewirkte Zurückfallen des Sohnes in die väterliche Gewalt juristisch als agnatio postumi betrachten, so hört derselbe doch auch nach vollendeter Emancipation nicht auf, Notherbe zu seyn. Dagegen ließe sich denn allenfalls wieder sagen, daß ja auch in dem Falle, wo für die bonorum possessio secundum tabulas aus einem agnatione postumi rumpirten Testamente zunächst ausgesprochen ist, nach dem Wegfallen des Postumus

46) L. 23. §. 1. D. *de liber. et post.*

dem eingesetzten Erben die Erbschaft immer noch durch ein neues Testament entzogen werden kann, folglich bis zur deferirten Erbschaft sein Recht, zu erben ja ebenfalls noch ungewiß bleibt. Mochte daher auch vielleicht dem eingesetzten Erben die bonorum possessio gegeben werden, soferne ihm beim Tode des Testirers sein Vater nicht weiter im Wege stand: nach Civilrecht war das Testament rumpirt, hiernach also die oben von uns aufgeworfene Frage zu verneinen. Seitdem übrigens Emancipationen auch ohne den alten alterthümlichen Ritus erfolgten, und vollends als Justinian denselben ganz aufgehoben hatte [47]), fiel dieser Ruptions-Grund von selbst weg.

c) Zur Aufhebung oder Milderung des Satzes, daß die Enterbung eines Extraneus unwirksam sey, auch wenn derselbe später der Gewalt des Testirers unterworfen werde, war kein Grund vorhanden (s. oben S. 283). Wirkte aber die Einsetzung eines Solchen auch alsdann noch fort, wenn das Gewaltverhältniß später durch Emancipation aufgelöst war? Nach den Grundsätzen des Civilrechts muß auch diese Frage verneint werden; denn die Regel, welche Scävola und Papinian auf Julians Auslegung des Vellejischen Gesetzes gründeten [48]), daß es genüge, wenn sich der Erbe beim Anfall der Erbschaft eingesetzt finde, darf doch immer nur von dem Falle verstanden werden, wenn derselbe alsdann Notherbenrecht hat, da jener Satz eigentlich nur sagen will: es schadet der Giltigkeit des Testaments nicht, daß der Notherbe nach den Regeln des Civilrechts für präterirt gehalten werden

47) L. ult. Cod. de emancip. (VIII. 49.) — §. 6. I. quib. mod. jus pot. solv.

48) L. 29. ult. D. h. t.

müßte, wenn er sich nur berücksichtiget findet. Der Adoptivsohn hat aber nach erfolgter Emancipation gar kein gesetzliches Erbrecht gegen den Adoptivvater mehr, am wenigsten Notherbenrecht [49]). Indessen darf die Gültigkeit der Einsetzung nach prätorischem Rechte nicht füglich bezweifelt werden, d. h., die secundum tabulas bonorum possessio konnte er in Anspruch nehmen, theils weil diese durch keine Emancipation gehindert wird, theils weil darauf ja jeder eingesetzte Extraneus, auch selbst ein postumus alienus, ein Recht hat.

Uebrigens hat auf dies Resultat Justinians Constitution de incertis personis [50]), wie man dieselbe auch verstehen mag, keinen Einfluß; denn daß man alle und jede postumos suos einsetzen dürfe, auf welche Art und Weise die Agnation derselben erfolgen möge, stand ja längst schon durch Interpretation fest.

Es wird nunmehr ein rascheres Fortschreiten möglich seyn, da die folgenden Lehren dieses Titels sich zum großen Theile wieder auf frühere Erörterungen stützen können [51]).

49) L. 13. L. 14. D. *de adopt.* (I. 7.) L. 1. §. 6. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII. 4.)

50) Es ist dies bekanntlich die von Contius aus andern Quellen wiederhergestellte L. un. C. *de incertis personis.* (C. Witte die leges restitutae des Justinianischen Codex. Breslau 1830. S. 200 fg.) Auch von dieser Constitution und den Streitigkeiten über ihren Inhalt kann erst unten beim §. 1442. die Rede seyn.

51) Sie finden sich Bd. VII. des Commentars §. 551—561.

Zuvörderst ist hier der öfter in diesem Commentar schon berührte Unterschied zwischen dem formellen Notherbenrecht und dem Pflichttheilsrecht[52]) wieder in Erinnerung zu bringen. Das Pflichttheilsrecht wird verletzt durch grundlose, also unbillige Uebergehung oder Ausschließung des Notherben, das erstere Recht hingegen dadurch, daß der Notherbe nicht in gehöriger Form eingesetzt oder enterbt ist. Auf das förmliche Notherbenrecht hatten nach dem Civilrecht nur sui heredes, und zwar unbedingt nur Söhne einen Anspruch. Diese mußten ausdrücklich und bestimmt eingesetzt oder enterbt werden[53]): „Qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat, vel nominatim exheredet“[54]). Namentlich (nominatim) bedeutet hier nicht, daß er bei seinem Namen genannt seyn müsse, sondern nur: er soll so individuell bezeichnet seyn, daß man ihn von Anderen bestimmt unterscheiden kann. Hatte also der Testirer nur einen Sohn, so genügte es wenn er sagte: filium heredem instituo, oder: filius exheres esto[55]). Ja selbst das war nicht einmal nöthig,

52) S. 4. B. Bd. XXXV. S. 83 fgg. S. 476.

53) Nach einem Edict K. Augusts durften Soldaten von ihren Vätern gar nicht einmal enterbt werden. Doch ist dies Recht wieder aufgehoben. L. 26. D. h. t. „Filius familias si militet ut paganus nominatim a patre aut heres scribi, aut exheredari debet, *jam sublato edicto D. Augusti, quo cautum fuerat, ne pater filium militem exheredaret*.“

54) Gaji Inst. II. §. 123. (Pr. Inst. *de exhered. liberor.*) *Ulpiani* Fragm. XXII. §. 16. — L. 30. D. *h. t.*

55) *Gaji* Inst. II. §. 127. (§. 1. Inst. *de exhered. liberor.* L. 1. L. 2. L. 27. D. *h. t.*

daß der Notherbe ausdrücklich Sohn genannt werde, wenn er nur durch eine deutliche Bezeichnung hinreichend kenntlich war: „Et si pepercerit filium dicere“ (sagt *Ulpianus* Lib. II. ad Sabin.) „ex Seja autem natum dixit, recte exheredat“ [56]. Und hierin gieng gewissermaßen das Enterbungsrecht weiter, als das Einsetzungsrecht. — Daß man seinen Erben blos durch beschimpfende Merkmale kenntlich mache, gieng bekanntlich nicht an: „Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod paene nihil a nomine distat, non tamen eo, quod contumeliae causa solet addi, valet institutio“ [57]. Doch schadete ein schimpflicher Zusatz der Erbeinsetzung nicht, nur mußte der Erbe benannt, oder sonst hinreichend deutlich bezeichnet seyn; denn blos das, was zur Beschimpfung gereichte, galt pro non scripto, mithin blieb hier das übrige als fehlerfreie Erbeinsetzung stehen; „Illa institutio valet: *filius meus impiissimus male de me meritus heres esto*; pure enim heres instituitur cum maledicto, et omnes hujusmodi institutiones receptae sunt“ [58]. Diese Einsetzung war also

56) L. 5. pr. D. *h. t.*

57) L. 9. §. 8. D. *de heredib. instit.* (XXVIII. 5.)

58) L. 48. §. 1. D. *de hered. inst.* — Einen Unterschied zwischen Kindern und dritten Personen giebt es hier nicht, wie Einige wegen der L. 9. §. 8. D. *de her. inst.* gemeint haben. Die letztere Stelle sagt: Niemand kann blos durch eine schimpfliche Bezeichnung eingesetzt werden; die L. 48. §. 1. *eod.* aber: es schadet dem Testamente nicht, wenn neben der sonst hinreichend bestimmt ausgedrückten Einsetzung auch noch eine Schmähung des Erben vorkommt. Hierbei ist freilich nur der Sohn genannt; allein in unseren Rechts-

giltig, weil sie doch die Worte enthielt: filius meus heres esto. Allein bei der Enterbung war auch dies nicht einmal erforderlich, sobald sich nur aus den Umständen ergab, daß der Sohn gemeint sey. In der Stelle, worin Ulpian erklärt, es sey gar nicht einmal erforderlich, den Ausgeschlossenen Sohn zu nennen [59]), fährt er fort: „et, si cum convicio dixerit: „„*non nominandus*““ vel „„*non filius meus, latro gladiator*““ magis est, ut recte exheredatus sit, et si ex adultero [60]) natum dixerit.“ Also durch die Aeusserung: der Nichtswürdige, den ich nicht näher bezeichnen will [61]), oder: nicht mein Sohn, nein,

quellen sind ja die meisten Regeln in der Form concreter Fälle ausgesprochen, besondere Gründe einer Beschränkung auf den Sohn aber sind hier nicht vorhanden. S. *Desid.* Heraldus observat. et emendation. cap. XXVIII. (in Ottonis thes. jur. Rom. T. II. p. 1346.). A. D. Weber zu Höpfners Commentar §. 488. not. 4.

59) L. 3. pr. D. *h. t.* (S. den Text zur Note 56.)

60) Die Florentinische Lesart *adultero* vertheidigt mit Recht Cujacius (ad African. Tract. IV. ad L. 14. §. 2. D. *h. t.* opp. prior. ed. Par. T. I. p. 1344.) gegen Haloander u. A., welche adulterio lesen. Der Sinn ist in beiden Fällen gleich, also eine Aenderung nicht nöthig.

61) Non nominandus hat bekanntlich die Bedeutung von: non laudandus; s. *Non.* Marcellus de proprietate sermonum cap. IV. §. 276. (in Gothofredi auctt. lat. ling. p. 674.). Allein es verneint sehr stark die Würdigkeit des bezeichneten Individuums (*Jos.* Averanius interpretation. jur. Lib. V. C. XIII. Nr. 2, 3.), und gerade dies wird, wie ich glaube, im Deutschen dadurch am besten wieder gegeben, daß man sich möglichst genau an den lateinischen Ausdruck hält. — S. auch *Rad.* Fornerius rer. quotidianar. Lib. V. cap. 25. in f. (bei Otto T. II. p. 276.)

der Bandit soll enterbt seyn" ist der Sohn gehörig enterbt, wenn sich nur aus den Umständen oder aus sonstigen Aeusserungen des Testirers ergiebt, daß der Sohn gemeint sey. — Mit den Schlußworten („et si ex adultero natum dixerit") steht auch nicht im Widerspruch, wenn African in dem vierten Buche der Quästionen [62]) sagt: „Si quis ita scripserit: *ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto*, hanc exheredationem ita nullius momenti esse ait, si probetur ex eo natus; non enim videri quasi filium exheredatum esse, quum elogium [63]) pater cum filium exheredaret proposuisset, et adjecisset propter eam causam exheredare [64]), *probeturque patrem circa causam exheredationis errasse.*" Auf die letzten Worte ist hier alles Gewicht zu legen. Jede Disposition, zu welcher ein Testirer nur durch Irrthum veran-

62) L. 14. §. 2. D. *h. t.*

63) Elogium bedeutet hier, wie oft (s. Brissonius de V. S. und Forcellini totius Latinitatis Lexicon h. v.), den Enterbungsgrund. Auch ist es keinesweges tautologisch, wenn African hinzufügt: „et adjecisset propter eam causam exheredare", da er dies gerade hervorheben wollte, daß die angeführte Ursache auch wirklich das Motiv der Enterbung sey.

64) Haloander liest: quum filium exheredare proposuisset, adjecerit, propter quam eum causam exheredaret. Allein die Florentinische Lesart verdient schon aus dem in der vorausgehenden Note angeführten Grunde den Vorzug; auch ist nach ihr die innere Construction des ganzen Satzes viel besser und zusammenhängender, als nach der Haloandrinischen, nur muß man wie Contius u. A. interpungiren, nicht aber wie Gebauer, der durch seine überflüssigen Commata scheinbar fast allen Zusammenhang aufhebt.

faßt wird, ist nichtig [65]); von selbst versteht sich daher, daß diese nämliche Wirkung auch eintritt, wenn das im Testament ausgedrückte Motiv, wodurch der Testirer zur Ausschließung des Sohnes bestimmt wurde, als unwahr erfunden wird [66]). Es ist daher eine andere Frage, ob die Enterbung formell als giltig betrachtet werden kann, eine andere, ob nicht dennoch die testamentarische Verfügung für nichtig zu halten ist; von jenem Falle spricht Ulpian in der L. 3. pr., von diesem African in der L. 14. §. 2. D. *h. t.*, daß Beide nicht mit einander im Widerspruch sind, beweis't theils die folgende Stelle [67]), theils die L. 1. §. 9. D. *de Carboniano edicto* (XXXVII. 10.), worin Ulpian denselben Fall vorträgt, und nach gleichen Grundsätzen entscheidet: „Idem (*Pomponius*) ait: quum quidam exheredem scripsisset filium, quod diceret eum ex adulterio conceptum; quia fieret ei haec controversia, an inter liberos sit? ex hac parte edicti ei bonorum possessionem competere, quum, si sine elogio exheres scriptus esset, non haberet bonorum possessionem.“ Hätte der Vater also ohne Hinzufügung des Grundes

65) L. 4. Cod. *de hered. inst.* (VI. 24.) L. 25. pr. in f. D. *h. t.*

66) *Desid.* Heraldus obs. et emend. c. 28. (in Ottonis thes. T. II. p. 1346.) und Bd. XXXV. d. Comment. §. 1421. e. S. 380—386. — Daß in einem solchen Falle die Inofficiositätsquerel habe angestellt werden müssen, wie Cujacius (Tract. IV. ad African. opp. prior. T. I. p. 1344.) behauptet, ist gewiß nicht richtig. M. s. was dagegen in der eben angeführten Stelle des Comment. gesagt ist.

67) L. 15. D. *h. t.* (*Ulpianus* Lib. I. ad Sabin.) „Idem est et si ita dixerit: *ille illius filius exheres esto*, patrem ei adulterum per errorem adsignans.“

die Enterbung ausgesprochen, so würde nur die Möglichkeit übrig geblieben seyn, das Testament mittelst der Inofficiositätsquerel anzufechten. Durch den hinzugefügten Enterbungsgrund aber hat er die Legitimität des Sohnes verdächtigt; mithin erhält derselbe zur Sicherung seines Erbrechts eine missio in bona ex edicto Carboniano bis zu seiner Pubertät[68]), und fällt hiernächst die Entscheidung zu seinen Gunsten aus, so ist nunmehr die Enterbung als gar nicht vorhanden zu betrachten, es tritt folglich die reine Intestaterbfolge ein[69]). — Und eben so wie Irrthum, steht auch ein unbestimmter Ausdruck der Giltigkeit einer Erbeneinsetzung oder Enterbung im Wege. Wer unter der Bedingung: wenn sein Sohn vor ihm sterben sollte, einen Dritten einsetzt, hat den Sohn präterirt[70]). Denn, unterliegt es gleich keinem Zweifel, daß den Sohn nach der Absicht des Testirers

68) L. 1. pr. D. *de Carbon. edicto.* — v. Löhr: die B. P. ex edicto Carbon. ist eine missio in possessionem; in dem Magazin f. Philos. u. Geschichte des Rechts u. d. Gesetzgebung Bd. II. S. 451 fgg. — Foerster de B. P. Lib. praeter. contra tab. §. XXXVII. sqq. p. 212. sqq. — Die Bedingungen des Carbon. edictum sind bekanntlich: daß dem impubes die Legitimität bestritten wird, und zwar von solchen, welche das Vermögen nach Erbrecht in Anspruch nehmen (Foerster l. l. §. XXXV. p. 208.); Beides trifft hier zu, da dem Enterbten der eingesetzte Erbe gegenüber steht, welcher das Vermögen nur bekommen kann, wenn die Behauptung des Testirers als wahr befunden wird.

69) L. 7. §. 6. D. *de Carb. edicto.* — S. Cujacius in Comment. ad L. 1. §. 9. *eod.* (opp. poster. P. IV. p. 133.)

70) L. 16. §. 1. in f. D. *de vulg. et pup. substit.* (XXVIII. 6.). — S. oben S. 193. und die dazu gehörigen Noten (n. 25).

dem Dritten vorgezogen seyn soll, so ist doch immer der Ausdruck nicht bestimmt genug, um ihn für eingesetzt halten zu können; es muß mithin die Intestaterbfolge hier eintreten. Eine gleiche Wirkung hat denn auch eine unbestimmt ausgesprochene Enterbung. „Idemque est" fährt Ulpian in der oben angeführten L. 1. §. 9. D. *de Carb. ed.* fort, et si ita sit scriptum: *quisquis est, qui filium meum se esse dicit, exheres esto*; quia non est filius exheredatus" ꝛc. Der Zusammenhang ergiebt, daß das „*Idem est*" nicht auf die unmittelbar vorausgehenden Worte bezogen werden darf, sondern auf den Hauptsatz: es wird die bonorum possessio ex Carboniano edicto gegeben, weil die Enterbung nicht gelten kann [71]). Uebrigens soll eine Ausschließung in der Form einer Enterbung inter ceteros für rechtsbeständig gehalten werden, wenn der Erblasser nur einen Sohn hat, weil ja hier, ungeachtet der Allgemeinheit des Ausdrucks, das ausgeschlossene Individuum nicht zweifelhaft ist: „Titius testamento heredem instituit, et filium habens sic exheredationem possuit; *ceteri omnes filii filiaeque meae exheredes sunto*; Paulus respondit, filium recte exheredatum videri [72])."

Von den meisten Juristen wird diese Stelle freilich anders verstanden. Sie meinen nämlich, daß durch die gebrauchte Formel: „ceteri omnes filii filiaeque meae exheredes sunto" alle Kinder namentlich enterbt seyen, für eine Exheredatio inter ceteros aber nur ge-

71) Dieser Zusammenhang wird in den Basiliken (Lib. XL. Tit. V. Fr. 1. 5. 6.; bei FABROTUS T. V. p. 327.) noch bestimmter hervorgehoben.

72) L. 25. pr. *Dig. h. t.* (*Paulus* lib. XII. Responsor.)

halten werden könne, wenn Kinder (filii filiaeque) überall nicht genannt seyen, sondern der Testirer schlechthin gesagt: „ceteri exheredes sunto“, also gewissermassen alle Menschen ausser dem eingesetzten Erben enterbt hätte [73]. Es stützt sich diese Ansicht auf den zweiten Theil der eben angeführten Stelle von Paulus (L. 25. pr. D. *h. t.*), welcher so lautet: „Postea consultus, an videatur exheredatus, quem pater putavit decessisse? respondit: filios et filias nominatim exheredatos proponi; de errore autem patris, qui intercessisse proponeretur, apud judicem agi oportere“ [74]. — Indessen dürfte sich hingegen Folgendes mit Recht erinnern lassen: Es ist doch wohl vorauszusetzen, daß der Testirer die Enterbung in der Absicht verfügt habe, um diejenigen auszuschließen, deren Uebergehung entweder das Testament null und nichtig macht, oder den Uebergangenen Rechte an der Erbschaft giebt, wie das zur Zeit des classischen Pandekten-Rechts den präterirten Töchtern und Enkeln zustehende jus accrescendi war. Denn, die Enterbung von Personen, die dergleichen Rechte nicht haben, ist eine nichts sagende Handlung, folglich nicht zu präsumiren. Muß nun hiernach angenommen werden, daß der Erblasser, wenn er sagte: ceteri, oder ceteri omnes exheredes sunto, dabei an seine Descendenten dachte: so ist diese Ausschließungs-Art gewiß um nichts

73) S. z. B. Cujacius obs. Lib. XXVI. c. 9. u. ad *Pauli* Resp. Lib. XII. (opp. post. T. III. P. II. p. 65.). Finestres l. l. P. IV. cap. II. §. 8. 9. (Prael. Cervariens. p. 103.). Höpfner Commentar §. 476. Note 3. Francke Notherbenrecht S. 61.

74) Dieser Satz ist bereits erklärt Bd. XXXV. d. Comment. §. 1421. e. S. 385. u. f. flg.

unbestimmter, als wenn er noch hinzufügte: filii filiaeque. Daß aber auf die letztere Weise mehrere Söhne nicht enterbt werden konnten, ergiebt sich ganz deutlich aus dem §. 1. Inst. *de exhered. liberor.*, wo es heißt: „Nominatim autem exheredari quis videtur, sive ita exheredetur: *Titius, filius meus, exheres esto,* sive ita: *filius meus exheres esto,* non adjecto proprio nomine, *scilicet si alius filius non extet.*" Waren also mehrere Söhne vorhanden, so mußte jeder namentlich aufgeführt werden. Und dagegen enthält die obige Stelle von Paulus auch nicht das Geringste, man mag sie, wie gewöhnlich geschieht, mit dem vorausgegangenen Satz unmittelbar in Verbindung setzen, oder auf einen ganz neuen Fall beziehen. Nimmt man ersteres an, so darf man nicht übersehen, daß es ausdrücklich heißt: „Titius — — *filium* habens, sic exheredationem posuit" u. s. w. Hatte er nun auch mehrere Töchter, so war die Enterbung doch allemal giltig, und hatte er etwa nur eine Tochter, so waren durch die Formel: *ceteri omnes filii filiaeque exheredes sunto,* Sohn und Tochter namentlich enterbt [75]. Nicht unwahrscheinlich ist es aber, daß die folgende Consultation einen besonderen Fall zum Gegenstande hatte, d. h., daß hier nicht etwa in Beziehung auf den zuerst vorgetragenen Fall die Frage aufgeworfen wurde: wie wird es gehalten, wenn der Vater eines der von ihm enterbten Kinder irrthümlich für gestorben hielt? sondern daß nach dem vorgetragenen Factum die Kinder in der That namentlich enterbt waren. Denn dies liegt ja ganz deutlich in

75) Westphal Theorie des röm. Rechts, von Testamenten u. s. w. §. 28.

den Worten: „respondit: filios et filias nominatim exheredatos *proponi*“, was offenbar eine nähere Bestimmung des zur Entscheidung vorgestellten Falles enthält, nicht aber als Responsum betrachtet werden darf [76]. Wie man aber hierüber auch denken mag, in jedem Falle erscheint die Meinung hinreichend begründet, wonach die in der L. 25. pr. D. *h. t.* angewandte generelle Enterbungs-Formel für eine exheredatio inter ceteros erklärt wird [77].

War nun die Einsetzung oder Enterbung eines Sohns nicht namentlich und bestimmt geschehen, oder — nach den aus den bisherigen Erörterungen sich ergebenden Grundsätzen — dafür zu halten, so traten die Wirkungen der Präterition ein, d. h. das Testament war ipso jure null und nichtig [78], und zwar seinem ganzen In-

76) Es ist bekannt, daß das *proponi* bei Consultationen, Bittschreiben u. s. w. auf den faktischen Vortrag der Anfragenden und Bittenden bezogen zu werden pflegt (s. Brissonius de V. S. v. proponere §. 2. 3.). Auch hier hat es diese Bedeutung, und zwar muß man es, wenn man den Worten keinen Zwang anthun will, geradezu von dem Parteien-Vortrage verstehen, nicht aber so, als wenn Paulus gesagt hätte: „secundum ea, quae proposita sunt respondi, filios nominatim esse exheredatos.“

77) So wird die Stelle auch verstanden von Schrader ad Pr. Instit. de exhered. liberor. *Verb. et inter ceteros.*

78) *Gaji* Inst. II. §. 123. (— „alioquin — — *inutiliter* testabitur“). *Ulpiani* Fragm. XXII. §. 16. — L. 1. D. de *injusto, rupto irrito facto test.* („Testamentum — — — *nullius est momenti*“ —). — L. 4. Cod. *de liber. praeter.* (VI. 28.) — „si praeteritus fuerat filius, *ipso jure evertebat testamentum*“). — Foerster de bon. p. lib. praet. c. tabb. P. I. §. 21. p. 73.

halte nach [79]. Der präterirte Sohn ist also nach dem Recht, mit dessen Darstellung wir es hier zu thun haben, Intestaterbe und nimmt als solcher die väterliche Verlassenschaft mit der hereditatis petitio ab intestato in Anspruch. Wenn daher auch das Daseyn einer Nullität erst durch richterliche Entscheidung festzustellen ist, so beruht es doch auf unrichtigen Vorstellungen, hier von einer s. g. querela nullitatis ex jure antiquo zu sprechen [80]; was absolut nichtig ist, darf nicht erst durch ein Rechtsmittel angefochten werden [81].

Indessen herrschte schon unter den römischen Juristen ein Streit darüber, ob in der That diese Nullität eine absolute sey, oder ob nicht vielmehr das Testament zu Recht bestehe, wenn der präterirte Haussohn vor dem Vater stirbt? und zwar war dies ein Secten-Streit, wobei die Sabinianer der strengeren Ansicht zugethan waren, die Proculianer hingegen die Giltigkeit des Testaments behaupteten [82]. In der Compilation ist die

79) L. 17. D. *de inj. rupto irr. facto test.* L. 15. pr. D. *de legat. praest. c. tabb. b. p. pet.* (XXXVII. 5.) — L. ult. D. *h. t.* L. ult. 1. §. ult. D. *si tabb. nullae exstab.* (XXXVIII. 6.)

80) S. z. B. Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 525. — Vgl. auch Bd. VII. dieses Commentars §. 551. S. 292.

81) Haubold diss. de differentiis inter testamentum nullum et inofficios. cap. II. (opusc. T. II. p. 8.). Bluntschli Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen S. 31 fg.

82) *Gaji* Inst. Lib. II. §. 123. — „si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur; adeo quidem, ut nostri praeceptores existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento ex-

erstere Meinung deutlich genug gebilligt. Pr. Inst. *de exhered. liberor.*: „si eum (filium in potestate) silentio praeterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem, ut, etsi vivo patre filius mortuus sit, nemo heres ex eo testamento existere possit, *quia scilicet ab initio non constiterit testamentum*." Man wandte hier also die Regel des Civilrechts an: „quod ab initio vitiosum est, non debet tractu temporis convalescere [83])." Allein immer ist buchstäblich dadurch doch nur Ungültigkeit eines solchen Testaments nach dem Civilrecht ausgesprochen, wie sich dies aus den angeführten Stellen ergiebt, in welchen es heißt: neminem ex eo testamento *heredem* existere posse. Damit ver-

istere posse, quia scilicet statim ab initio non constiterit institutio; sed diversae scholae auctores, si quidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus, et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si vero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo jam filio impedimento: quia scilicet existimant (non) statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito." — Dirksen über die Schulen der Röm. Juristen Cap. 1. §. 1. Nr. 5.; in den Beiträgen zur Kunde des Röm. Rechts (Leipz. 1825) S. 65 fg.

83) L. 29. D. *de reg. jur.* — S. auch L. 201. *eod.* „Omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initio quoque sine vitio ceperint." — *Statum eventus capere* heißt hier überhaupt so viel als: *eventum capere*; doch wird durch den ersteren Ausdruck insonderheit auf die Festigkeit, Bestimmtheit und Wirksamkeit der Rechtsverhältnisse hingewiesen, welche durch das Testament begründet werden sollen. *Jac.* Gothofredus ad h. l. (in opusculis minoribus ed. Trotz p. 1217 squ.)

trug sich denn allenfalls die Ertheilung einer wirksamen bonorum possessio für den eingesetzten Erben. Ich sage, einer wirksamen bonorum possessio. Denn an und für sich konnte jeder eingesetzte Erbe aus einem von sieben Zeugen besiegelten Testamente eine secundum tabulas bonorum possessio erhalten [84]), soferne nur feststand, daß der Erblasser die Testamentifaction hatte [85]).

Indessen folgte daraus, daß Jemand eine B. P. nachsuchte und erhielt, noch keineswegs, daß er nun auch die Erbschaft wirklich bekam oder behielte. Die bonorum possessiones mußten bekanntlich binnen bestimmten Fristen nachgesucht werden, und hatte sich ein früher Gerufener hierin versäumt, so kam nun die Reihe an den zunächst nach ihm Gerufenen [86]). Dieser mußte denn, um nicht ausgeschlossen zu werden, innerhalb der vorgeschriebenen Frist sein Recht wahrnehmen, d. h. die b. p. agnosciren; ob er aber durch dieselbe auch wirklicher Erbe wurde, hieng von der Stelle ab, an welcher er zur B. P. gerufen war. Gieng ihm ein Civilerbe vor, so konnte er durch denselben stets noch von der Erbschaft ausgeschlossen werden, auch wenn dieser sich an der bonorum possessio versäumt hatte [87]). Die B. P. des nachfol-

84) *Gaji* Inst. Lib. II. §. 119. u. §. 147. *Ulpiani* Fragm. XXVIII. §. 6. — §. 2. Inst. *de testament. ordin.*

85) L. 19. D. *qui testam. fac. poss.* (XXVIII. 1.) — L. 1. §. 2. u. §. 8. L. 7. D. *de B. P. s. t.* (XXXVII. 11.)

86) TT. Dig. *de successorio edicto* (XXXVIII. 9.) und *Quis ordo in possessionibus servetur* (XXXVIII. 15.). §. 9. Inst. *de bon. possessionib.* — Hugo Rechtsgesch. 10te Aufl. pag. 606.

87) *Gaji* Inst. III. §. 34. in f. (Gaji Inst. *de B. P.*) — „remota bonorum possessione ad eos (i. e. heredes suos et agnatos) hereditas pertinet jure civili." — L. 10. D.

genden bonorum possessor war also sine re, d. h. der Hauptsache nach wirkungslos [88]), sobald der Civilerbe von seinem besseren Recht Gebrauch machte; cum re war sie dagegen, wenn Jener vor, oder wenigstens neben dem Civilerben sich gerufen fand, in welchem Falle ihm zum Schutze seines Erbrechts eine hereditatis petitio gegeben wurde, oder gegen die Ansprüche der Civilerben eine exceptio doli zur Seite stand [89]).

de collat. bonor. — „filius in potestate — — — — hereditatem retinet eo jure, quo et bon. possessionem petere posset." — (Ich folge hier der Haloandrinischen Lesart, welche auch als Variante bei Russardus angemerkt ist. Sie giebt dem Ganzen einen bessern Zusammenhang, als die Florentinische Lesart: hereditatem retinet jure eo, quod bon. possessionem petere posset, welche übrigens im Wesentlichen zu demselben Resultate führt). — Besonders deutlich ist hier Theophilus, dessen Paraphrase der oben angeführten Institutionenstelle nach der Uebersetzung von Reitz so lautet: „Etiamsi vero maxime bonorum possessionem non petierint, nihilominus heredes sunt ex jure civili." — Hugo a. a. O. S. 609. u. 612. (Not. 8.) v. Löhr in dem von ihm und von Grolman herausgegeb. Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung Bd. III. Abth. VIII. S. 301 fg.

88) *Ulpiani* Fragmenta XXIII. 6. (— „quae B. P. cum re i. e. cum effectu habetur, si nemo alio jure heres sit"), XXVIII. 13. (— „Bon. possessio — datur — cum re, si is, qui accepit, cum effectu bona retineat, sine re, quum alius jure civili evincere hereditatem possit"). — *Gaji* Inst. II. 148. u. III. 35 — 37. — v. Löhr a. a. O. S. 281 — 284.

89) *Gaji* Inst. II. 120, 148 u. 149. L. 11. §. 2. D. *de B. P. sec. tabb.* — Hugo Rechtsgesch. 10te Aufl. S. 608. — Vgl. Vinnius ad Princ. Inst. *de exheredat. liberor.* VII. Koch B. P. S. 227 — 229, u. S. 303 — 336. v. Löhr

Die Vertheidiger der Meinung, daß durch die bonorum possessio secundum tabulas des eingesetzten Erben die Intestaterben in dem Falle ausgeschlossen werden, wenn der präterirte Haussohn vor dem Vater stirbt [90]), können sich daher nicht auf die L. 2. pr. D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.) berufen, wo **Ulpian** sagt: „Voluit (Praetor) primo ad liberos bonorum possessionem contra tabulas pertinere, mox, *si inde non sit occupata, judicium defuncti sequendum.* Expectandi igitur liberi erunt, quamdiu bonorum possessionem petere possunt. *Quodsi tempus fuerit finitum, aut ante decesserint,* — — — — *tunc revertetur bonorum possessio ad scriptos.*" Hier ist nur von der Ordnung die Rede, in welcher die einzelnen Arten der bonorum possessiones auf einander folgten (zuerst die contra tab. b. p., dann die sec. tab. b. p. u. s. w.; wollte man die Stelle von einer b. p. cum re der eingesetzten Erben verstehen, so würde

a. a. O. S. 302 fg. Note 3. u. S. 304 — 332. — Es versteht sich von selbst, daß nicht blos in dem oben genannten Falle die B. P. eine wirksame ist, sondern auch, wenn der vorgehende Civilerbe durch Enterbung oder rechtsgiltigen Verzicht ausgeschlossen wird. S. L. 1. §. 3. D. *Si a parente quis manumissus sit* (XXXVII. 12.).

90) Zu den Vertheidigern dieser Meinung gehören unter andern *Sam.* Stryk Cautelae testamentorum Cap. XXIV. §. 11. (opp. praestantior. Vol. III. p. 322.) *Jos.* Fanestres de liberis et postumis heredib. instit. vel exhered. P. II. C. II. §. 17. 18. *Jos.* Averanius Interpretat. jur. Lib. I. C. XI. Nr. VI. Koch B. P. S. 311, 378 u. 438. v. Löhr a. a. O. S. 311 fg. Foerster de B. P. liberor. praeterit. Part. II. §. 186. p. 388. in f. squ. Bluntschli a. a. O. S. 144.

hiernach ja der suus heres selber, wenn er die Agnitions-Frist versäumt hätte, von dem eingesetzten Erben ausgeschlossen werden, wovon aber ganz entschieden das Gegentheil statt findet [91]. Mehr Gewicht hat auf den ersten Anschein die Berufung darauf, daß seit einem Rescript des Kaisers Antoninus Pius [92] die eingesetzten Erben den Intestaterben vorgehen [93]. Allein dieses Rescript lautete ja keineswegs so allgemein, wie gewöhnlich angenommen wird [94]. Gajus, der uns dies neue Recht referirt (s. Note 93), spricht zuerst (im §. 119) von einem Testament, dem die civilrechtliche Form fehlt („velut quod familia non venierit, aut nuncupationis verba testator locutus non sit"). Aus einem solchen Testamente gebe der Prätor eine b. p., deren Wirksamkeit aber davon abhänge, daß kein civilrechtlicher Intestaterbe vorhanden sey („si nemo sit, ad quem ab intestato jure legitimo pertineat hereditas"). Doch (fährt er im §. 120 fort) sey dies durch das vorerwähnte Rescript geändert:

„rescripto enim Imperatoris Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas testamenti *non jure factas* bonorum possessionem petierint, posse

91) *Ulpiani* Fragm. XXVIII. 13. inf. „veluti si suus heres intestato sit, B. P. sine re est, quum suus heres evincere hereditatem jure legitimo possit. — S. auch Note 88. u. Francke Notherbenrecht S. 116.

92) S. Bd. XXXIV. des Commentars §. 1412. a. S. 261. u. die das. Note 13. citirten Schriften.

93) *Gaji* Inst. II. 119. 120.

94) v. Löhr a. a. O. S. 302 fg. Not. 3. Ed. Schrader: Was gewinnt die röm. Rechtsgesch. durch Cajus Institutionen? S. 31. Schweppe Rechtsgesch. §. 466.

adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.“

Der Ausdruck: testamentum non jure factum kann an und für sich auf jedes nach den Grundsätzen des Civilrechts von Anfang an ungiltige Testament bezogen werden; allein in seinem engeren und gewissermassen technischen Sinne bedeutet er ein Testament, dem die Solennitäten fehlen; und wird so dem Testament entgegengesetzt, welches wegen Präterition eines suus heres nichtig ist: „Testamentum aut non jure factum dicitur, *ubi solennia juris defuerunt*, aut nullius est momenti, cum filius, qui fuit in patris potestate, praeteritus est“ [95]). Daß nun dieser Ausdruck auch hier in seiner engeren Bedeutung genommen werde, beweis't der ganze Zusammenhang, und namentlich auch die Anwendung, welche Gajus (§. 121) davon auf das Testament einer Frauensperson macht, indem hier ebenfalls nur die Rede ist von dem Mangel der Solennitäten, so wie der tutoris auctoritas, welche blos der Form wegen erfordert wurde [96]). Eine Bestätigung erhält dies Resultat aber insonderheit auch noch dadurch, daß Gajus da, wo er von den Wirkungen der Präterition spricht (§. 123), die Ansicht der Sabinianer, daß ein solches Testament wirkungslos sey, ohne alle Modification vorträgt; ja, was die Sache vollends ausser Zweifel setzt, ist der Umstand, daß an einer späteren Stelle, wo gerade von der Wirkung der sec. tab. b. p. die Rede ist (§. 148. 149), ausdrücklich gesagt wird, daß diese B. P. der eingesetzten Er-

95) L. 1. D. de injusto, rupto, irrito, facto test.

96) Gaji Inst. II. 121 u. 122. — Vgl. auch Bd. XXXIII. d. Comment. §. 1404. d. S. 408 fg.

den nur sine re sey, „si ab iis avocari hereditas potest," dies aber finde unter anderen statt, „si quis — — ab intestato jure legitimo heres sit" [97]).

Hauptsächlich aber stützten die früheren Vertheidiger der entgegenstehenden Ansicht dieselbe auf die Analogie des bekannten Rechts, wonach eine wirksame bonorum possessio aus einem durch agnatio postumi rumpirten Testamente gegeben wird, wenn der Postumus vor dem Erblasser stirbt [98]). Dagegen drängen sich indessen schon im Allgemeinen erhebliche Zweifel auf. Ein Testament, worin ein bereits vorhandener suus präterirt wird, hat im Rechtssinne eigentlich nie existirt; wird aber ein Postumus präterirt, so ist das Testament doch von Anfang an vollkommen giltig; viel näher lag daher in diesem Falle die Anwendung der Billigkeit, wie in jenem [99]). Und sollte wohl, zu einer Zeit, wo längst schon das

97) Im §. 149. des II. Buchs von Gajus Instit. findet sich eine Lücke; aus den Schlußworten („aut quod familia non venierit, aut nuncupationis verba testator locutus non sit") wird es indessen sehr wahrscheinlich, daß Gajus hier die verschiedenen Wirkungen der B. P. aus einem wegen Präterition des Haussohns ungiltigen Testament, und aus einem solchen, dem die civilrechtlichen Solennitäten mangelten, auseinandersetzte, daß er die letztere nämlich unbedingt für eine wirksame erklärte, die erstere nur für den Fall, wenn kein näher berechtigter Civilerbe vorging. Vgl. Francke Notherbenrecht. S. 117.

98) L. 12. pr. D. *de injust. rupt. irrito facto test.*

99) Diese innere Verschiedenheit zwischen beiden Fällen will der Recensent von Francke's Notherbenrecht (in den Jahrb. der gesammten juristischen Literatur herausgegeb. von Schunck Bd. XIX. Heft 3. S. 238.) hier nicht gelten lassen.

prätorische Erbrechtsystem ausgebildet war, mithin die bonorum possessio (cum re) vollständiges Erbrecht gewährte, gesagt worden seyn: „qui filium silentio praeterierit *inutiliter* testabitur, etiamsi vivo patre filius defunctus sit“ wenn dennoch aus einem solchen Testament eine wirksame b. p. gegeben worden wäre? Es kommen indessen noch folgende besondere Gründe hinzu. Erstlich heißt es am Schlusse der Stelle, welche dem eingesetzten Erben eine wirksame b. p. giebt, wenn der präterirte Postumus vor dem Erblasser wieder weggefallen ist (L. 12. pr. D. *de inj. rupto irr. test.*), nachdem bemerkt ist, daß die Vermächtnißnehmer ebenfalls das ihnen Hinterlassene erhalten („legatarii et fideicommissarii habebant ea, quae sibi relicta sunt“):

> „Idem et circa injustum et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.“

Daß der Ausdruck: *injustum testamentum* hier, wie auch sonst bisweilen [100]), ein durch Uebergehung eines suus heres nichtiges Testament bedeutet, ist klar, da, wenn einem Testament nur die civilrechtlichen Solennitäten mangelten, die aus demselben gegebene b. p. seit dem K. Antoninus auch für einen eingesetzten Extraneus eine wirksame gegen bloße Intestaterben war; nach unserer Stelle aber soll sie es nur seyn, wenn der eingesetzte Erbe zugleich der nächstberechtigte Intestaterbe ist [1]). Zum Ueberfluß bezeugt auch der Scholiast zu den Basiliken, daß unter injustum testamentum hier ein Te-

100) S. Brissonius de V. S. v. *injustus* in f.

1) Vgl. hiermit Francke a. a. O. S. 118. 119.

stament verstanden werde, worin ein Sohn präterirt ist [2]). Einen zweiten Grund enthält die folgende Stelle von Paulus (Lib. I. ad Sabin.)

„Si filius, qui in potestate est, praeteritus sit, et vivo patre decedat, testamentum non valet, nec superius rumpetur; *et eo jure utimur*" [3]).

Daß ein früheres Testament durch ein folgendes aufgehoben wird, hat zwar seinen Grund in einer Regel des Civilrechts. Allein eine bonorum possessio cum re, welche aus dem späteren Testamente gegeben wurde, mußte begreiflich die nämliche Wirkung haben, welche das Civilrecht einem giltigen Testamente zuschreibt, d. h. das früher errichtete wurde dadurch zerstört [4]). Wenn daher Paulus ganz uneingeschränkt sagt: das Testament, worin ein in der Gewalt des Erblassers stehender Sohn präterirt wird, gilt nicht, wenn gleich derselbe beim Leben seines Vaters stirbt, er rumpirt also auch ein früheres Testament nicht; — wenn er sogar ausdrücklich hinzufügt, dies Recht sei auch das in der Praxis recipirte: so ist ganz unmöglich anzunehmen, daß dennoch dem eingesetzten Erben eine gegen die Intestaterben wirksame B. P. gegeben sey.

Sind aber die eingesetzten Erben selbst die nächsten zur Intestaterbfolge berechtigten, so ist die ihnen ertheilte

2) Schol. f. ad fragm. 12. tit. II. lib. XXXIX. (Tom. V. p. 280).

3) L. 7. D. *h. t.* — Cujacii commentar. ad h. l. (opp. prior. Tom. I. p. 1083).

4) arg. L. 2. D. *de injusto* etc. *testamento* u. L. 12. pr. D. *de B. P. contra tabb.* (S. unten Note 10.) *Förster* l. l. p. 399.

B. P. sec. tab. allemal cum re[5]; denn es ist alsdann ja Niemand vorhanden, der ihnen das Erbrecht streitig machen könnte[6]. Darum entscheidet auch Ulpian: „Si libertus patronum suum ita heredem scripserit: *si filius meus me vivo morietur, patronus heres esto*, non male videtur testatus; nam si decesserit filius, poterit hic exsistente conditione bonorum possessionem accipere"[7]; denn obgleich in der Art, wie des Sohnes erwähnt wird, juristisch eine Präterition liegt (s. oben Note 7), so ist dennoch das Testament wirksam, weil der Patron der nächste Intestaterbe nach dem Sohne ist[8]. Nur darüber könnte allenfalls gezweifelt werden, ob nicht der in einem civilrechtlich giltigen Testamente eingesetzte Erbe dem Intestaterben vorgezogen worden sey, wenn dieser in einem späteren Testamente eingesetzt war, das aber nur nach prätorischem Recht bestehen konnte. Wenigstens nennt Gajus da, wo er von dem Verhältnisse der sec. tab. B. P. zum civilrechtlichen Erbrechte spricht, unter denen, welche den Bonorum possessor ausschließen, zuerst den „heres jure civili institutus vel

5) Es ist dies die gewöhnliche Meinung. M. s. Francke a. a. O. S. 115. u. die das. Note 36. angef. Schriftsteller, von welchen vorzugsweise zu merken sind: Bartolus ad L. 12. pr. D. *de injusto* etc. *testam*. u. Vinnius ad Inst. tit. de exheredat. liberor. pr. Nr. 6. 7.

6) *Gaji* Inst. II. 148. „Qui sec. tabb. testamenti — b. possessionem accipiunt, si modo possunt hereditatem obtinere, habebunt B. P. cum re, si vero ab iis avocari hereditas potest, habebunt B. P. sine re." L. 12. pr. in f. D. *de injusto* etc. *testam*.

7) L. 3. §. 14. D. *de bonis libertorum*. (XXXVIII. 2.)

8) Francke a. a. O. S. 116 ffg.

ex primo, vel ex posteriore testamento," und darauf erst den Intestaterben[9]). Auch ergiebt sich hieraus allerdings so viel, daß im Allgemeinen der prätorische Testamentserbe dem civilrechtlichen weichen mußte. Indessen läßt sich eine in die Pandekten aufgenommene Stelle von Gajus sehr füglich dahin verstehen, daß dies sich anders verhielte, wenn in dem zweiten Testamente die nächsten Intestaterben eingesetzt waren[10]). Ganz deutlich

9) *Gaji* Inst. II. 149.

10) Es ist dies die vielfach besprochene L. 12. §. 1. D. *de B. P. contra tabb.* Gajus sagt hier: Wenn in einem frühern „testamentum jure factum" der Sohn enterbt, in einem späteren „imperfectum" aber präterirt sey, so könne er gegen das letztere die contra tabb. B. P. agnosciren, vorausgesetzt, daß ohne seine Dazwischenkunft die im Testamente eingesetzten Erben ein wirksames Recht haben würden („si remoto filio potiores sint in ea hereditate posteriore testamento scripti heredes.") Gehen wir hiebei nur von dem oben ausgeführten Satz aus, daß die B. P. der in einem Testamente, worin ein suus heres präterirt ist, eingesetzten Erben sine re sey, d. h. ihr Erbrecht von den Intestaterben ausgeschlossen werden könne, so dürfte die im Text angedeutete Erklärung gerechtfertigt erscheinen. Wäre nämlich kein früheres Testament vorhanden, so würde das hier zur Frage stehende wegen der Präterition des Haussohns (— denn von einem solchen, glaube ich, ist hier die Rede) — nach Civilrecht nichtig seyn, die eingesetzten Intestaterben aber eine wirksame B. P. erhalten können, sofern der präterirte Sohn ihnen nicht im Wege steht. Unter dieser Voraussetzung nun soll auch der Präterirte selbst eine contra tabb. B. P. haben, ungeachtet er in einem früheren Testamente giltig ausgeschlossen, und das spätere ein unvollständiges ist. — Was hier und in der L. 2. D. *de injusto* etc. *test.* (s. die folg. Note) unter imperfectum

aber sagt Ulpian in dem zweiten Buche seines Commentars über Sabinus, daß in solchem Falle das spätere prätorische Testament ein früheres civilrechtliches rum-

testamentum verstanden werde, ist freilich bestritten; doch selbst diejenigen, welche annehmen, daß ein auch wegen Präterition des Haussohns nichtiges Testament so benannt worden sey, geben doch zu, daß jener Ausdruck jedenfalls auch auf ein hinsichtlich der civilrechtlichen Solennitäten mangelhaftes Testament gehe. S. z. B. *Aug. Frid.* *Schotti* comment. ad orat. Pertinacis de testamento posteriore imperfecto prius perfectum haud infirmante, Cap. IV. (in opusc. jurid. Lips. 1770. p. 49. sqq.). Daß hier dieser Begriff zu Grunde liege, ergiebt sich schon aus dem Gegensatze zwischen „testamentum jure factum, quo filius exheredatus est" und „imperfectum, in quo praeteritus est"; was gewiß nicht heißen soll: das Testament sey giltig, weil der Sohn darin enterbt worden u. s. w., sondern: in einem gehörig errichteten Testamente ist der Sohn enterbt, in einem mangelhaften ist er präteriret. (Koch B. P. S. 397 fg. §. 4.) — Eine genauere Erklärung der L. 12. cit. gehört noch nicht hieher, sondern erst in den folgenden Titel (bei §. 1430.) Ich bemerke hier nur, daß die meisten Interpreten die Stelle ebenfalls von einem der Form nach mangelhaften Testament verstehen, worin mit Uebergehung des Sohnes die Intestaterben eingesetzt sind; namentlich die Accursische Glosse und Bartolus ad h. l. Auch verweise ich im Allgemeinen auf Koch B. P., wo sich S. 361—422 ein ausführlicher, wenn gleich nur theilweise richtiger Commentar der Stelle, und S. 393 fgg. eine Uebersicht und Kritik der verschiedenen Erklärungsversuche findet. Hinzuzufügen ist besonders noch Förster l. l. Partic. II. §. 128—150, welcher übrigens dem zweiten Testamente vim rumpendi nur unter der Voraussetzung zugestehen will, wenn der in dem ersten Testamente eingesetzte Erbe aus irgend einem Grunde wegfällt.

pire: „Tunc autem prius testamentum rumpitur, cum posterius rite perfectum est, nisi forte posterius vel jure militari sit factum, *vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest; tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur*“ [11]). — Uebrigens darf man in allen Fällen, wo die eingesetzten Intestaterben eine wirksame sec. tab. bon. possess. erhalten können, dies nicht blos als ein Recht derselben betrachten; wenigstens bleiben sie immer zur Auszahlung

11) L. 2. D. *de injusto* etc. *testamento*. Wegen der hier vorkommenden Ausdrücke *perfectum* und *non perfectum* testamentum s. die vorausgehende Bemerkung.) — Uebrigens wollen viele die Worte („vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest“) für ein Einschiebsel Tribonians halten; z. B. die Accursische Glosse ad h. l. Not. o., *Anton Faber* Error. pragmat. Decad. XXXVII. error. II. in f. *Hug.* Grotii Flor. sparsio ad jus Justinian. h. l. (ed. Hal. p. 195.) Die Gründe dafür sind theils, weil ein befriedigender Grund einer solchen Begünstigung der Intestaterben sich nicht angeben lasse, theils, weil dieß Recht erst durch eine Constitution des K. Theodosius II. eingeführt sey. (Novellae Theodosii II. Tit. XVI. §. 7. in dem jus civile antejustinian. ed. Berol. P. II. p. 1252 squ.). — L. 21. §. 5. *Cod. de testam.* (VI. 23.) — Auf ersteres antwortet *Corn.* van Bynkershoek: „jus, quod alicujus fuit, facilius reviviscit, quam novum incipit, *quasi sic concurrente jure duplici, et voluntatis ultimae, et legis, quae cognatos vocat* (Observatt. jur. Rom. Lib. II. Cap. II. in f.). Und was den zweiten Grund anbetrifft, der hier eigentlich allein nur in Betracht kommt, so besteht das Neue in dem Gesetze des K. Theodosius eigentlich nur in der Vorschrift, daß 5 Zeugen, welche das Geschehene eidlich erhärten können, zur Gültigkeit eines zweiten Testaments, worin die Intestaterben eingesetzt sind, genügen.

der Vermächtnisse verpflichtet, wenn sie auf die bonorum possessio verzichten, um ab intestato zu erben [12]).

Abgesehen nun also von dem Fall, wenn der nächste Intestaterbe selber eingesetzt ist, wird ein wegen Präterition des Haussohns nichtiges Testament dadurch nicht wirksam, daß der Präterirte beim Leben des Erblassers stirbt. Hierin kann auch der Umstand nichts ändern, daß der Erblasser nach dem Tode des präterirten Sohnes ein solches Testament (ohne eine neue förmliche Testamentshandlung) bestätigt. Francke, welcher das Gegentheil behauptet [13]), beruft sich auf die Analogie des testamentum irritum factum, und namentlich auf die L. 11. §. 2. D. *de bon. poss. sec. tab.*, wo Papinian von einem Testamente spricht, welches, durch Adrogation des Testirers irritum geworden, aber nach wiedererlangter Selbstständigkeit von demselben für giltig erklärt, durch eine wirksame secundum tab. bonorum possessio aufrecht erhalten wird, und dabei bemerkt: „Nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum; non enim de jure testamenti maxime quaeritur, sed de viribus exceptionis“; d. h. das Testament besteht ja nicht erst durch die letzte Erklärung des Testirers, sondern es war von Anfang an vollkommen giltig; es fragt sich daher lediglich, ob die Klage aus demselben durch doli exceptio entfernt werden kann, und dies ist zu verneinen, da die Billigkeit in diesem Falle nicht den Intestaterben, sondern den eingesetzten Erben

12) L. 1. pr. u. §. 9. D. *si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem.* (XXIX. 4.)

13) a. a. O. S. 130.

zur Seite steht [14]). Schon in dieser Erklärung liegt der Grund, weshalb jene Analogie hier nicht paßt. Ein durch capitis deminutio des Testirers wirkungslos gewordenes Testament (test. irritum factum) ist darin dem ruptum gleich, daß beide bei ihrer Entstehung zu Recht beständig sind, und nur in der Folge ein Hinderniß eintritt, wodurch ihre Wirksamkeit gehemmt wird; fällt dies Hinderniß wieder weg, ehe die Erbschaft deferirt wird, so restituirt der Prätor die eingesetzten Erben gegen die nach der Strenge des Rechts eingetretene Vernichtung des Testaments durch eine bonorum possessio cum re, weshalb denn auch Gajus sagt: „Non per omnia inutilia sunt testamenta, quae — — jure facta postea irrita facta sunt“ [15]). Anders dagegen verhält es sich mit den Testamenten, welche wegen Präterition eines Haussohns von Anfang an nichtig sind. Zwar wurde auch daraus eine sec. tab b. p. gegeben, weil hiezu jedes in der prätorischen Form errichtete Testament genügte, dessen Urheber die Testamentifactio hatte. Wirksam aber war diese bonorum possessio ja nur, wenn ohnehin Niemand da war, der den eingesetzten Erben die Erbschaft entreißen konnte, und so erscheint denn, wenn die Intestaterben eingesetzt sind, dies Recht im Grunde als eine Beschränkung derselben, da sie, wenn das Testament überall keine Wirkung hätte, die Erbschaft ab intestato ungekürzt haben würden.

Durchaus verschieden von der bisher erörterten Frage

14) *Jac.* Cujacius in lib. XIII. quaest. Papin. ad L. 11. D. *de B. P. sec. tabb.* (opper. postum. ed. Paris. Tom. I. P. I. p. 362. Jan. a Costa ad §. 5. Inst. *quib. mod. testam. infirm.*

15) *Gaji* Inst. II. 147. (§. 5. Inst. *quib. mod. test. infirm.*)

ist der Fall, wenn der präterirte suus von der Erbschaft abstinirt. Daß hier die eingesetzten Erben stets eine wirksame sec. tab. b. p. erhalten, ist die gemeine und auch richtige Meinung [16]. — Cujacius, welcher das Gegentheil behauptet (außer für den Fall, wenn Geschwister des Präterirten eingesetzt sind), stützt seine Ansicht darauf, daß die Uebergehung eines Haussohnes Nichtigkeit des Testaments bewirke und die Intestaterbfolge herbeiführe; es sey also dem präterirten Sohne die Verlassenschaft ab intestato deferirt, folglich könne seine Abstention nur die Wirkung haben, wie wenn gar kein Testament vorhanden sey [17]. — Der Vordersatz dieser Argumentation ist gewiß richtig, und auch die Folgerungen daraus müssen so lange als wahr zugegeben werden, als sich nicht auf besonderen Gründen beruhende Einschrän-

16) *Jo.* Brunnemann in Commentar ad L. 17. D. *de injusto* etc. *testamento*. *Ant.* Schulting in Notis ad Dig. ad eund. locum (Tom. V, p. 36.). *Sam.* Stryk de successione ab intestato Dissert. IX. Cap. IV. §. 22. (opper. praestant. p. 1031 squ.) *Joseph.* Averanius Interprett. jur. Lib. I. Cap. X. u. XI. *Joseph.* Finestres de liberis ac postumis P. II. Cap. II. §. 8. u. 9. Höpfner Commentar üb. d. Heineccischen Institut. §. 660. Nr. 3. Schweppe das röm. Privatr. in s. Anwendung u. s. w. §. 955. v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilrechts Buch V. Kap. V. VI. §. 156. u. A.

17) Cujacius in Lib. V. Respons. Papin. ad L. 17. D. *de injusto* etc. *testam.* (opper. postum. Tom. I. P. II. p. 215.); s. auch dessen Comment. ad Tit. Dig. *de injusto* etc. *testam.* ad eund. locum (opper. prior. ed. Paris. Tom. I. p. 1110.) — Vgl. Francke a. a. O. S. 108. u. die das. Note 25. angef. Schriften, denen auch noch beizufügen ist Vinnius ad Pr. Inst. *de exheredat. liber.* Nr. VII. in f.

kungen nachweisen lassen. Im Allgemeinen nun enthält die prätorische B. P., welche überhaupt die schroffe Consequenz mildert, eine solche Einschränkung. Nach dem prätorischen Recht ist ein solches Testament kein nichtiges[18]; doch äussert sich hier die Einwirkung dieses Rechts nicht immer auf gleiche Weise, es kommen vielmehr die besonderen Gründe der civilrechtlichen Nichtigkeit und die

18) Denn wie könnte sonst überhaupt von einer sec. tabb. B. P. in Beziehung auf ein solches Testament die Rede seyn, wie von einer contra tabb. B. P., — wobei das Testament, und selbst dessen Inhalt, in mehr als einer Beziehung berücksichtigt wird. Und wird ja, wenn auch Notherben präterirt sind, die contra tabb. B. P. nicht wider jedes Testament gegeben, sondern nur alsdann, wenn daraus auch eine sec. tabb. B. P. möglich ist. L. 19. D. *de B. P. contra tabb*: „Quod vulgo dicitur: liberis datam B. P. contra lignum esse, sic intelligendum est, ut sufficiat, extitisse tabulas mortis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas, vel secundum eas bonorum possessio peti potuit, quamvis neutrum eorum postea secutum sit, vel sequi potuerit." Sonst tritt ohne weiteres Intestaterfolge ein. Foerster l. l. Partic. II. §. 80 sqqu. — S. auch Vinnius ad Pr. Inst. de exheredat. liber. Nr. VI. *Ulric.* Huber Praelect. ad Inst. Tit *de liber. exheredandis* §. 2. in f. *Jo.* Vortius Comment. ad Pandect. Lib. XXXVII. Tit. IV §. 1. *Jos.* Averanius interpr. jur. Lib. I. c. VII. Dagegen behauptet mit Mehreren, besonders älteren Juristen (z. B. Baldus und *Paulus* Castrensis) *Ant.* Faber: ein nichtiges Testament sey auch nach prätorischem Rechte nichtig, und wenn demnach einzelne Punkte desselben erhalten würden, so trete doch der Hauptsache nach immer Intestaterbfolge ein. — Im Allgemeinen ist diese Ansicht gewiss unrichtig, in Beziehung auf die L. 17. D. *de injusto etc. testam.* liegt ihr freilich allerdings etwas Wahres zu Grunde. S. unten Note 28.

Umstände des Falles zunächst in Betracht, wenn von der Wirksamkeit des Testaments die Rede ist. Die eingesetzten Erben erhalten also ausser Zweifel auch in dem angenommenen Falle eine sec. tab. bonor. possessio; und es fragt sich nur, ob dieselbe wirksam ist oder nicht? Hierbei aber kommt vor allen Dingen der Umstand in Betracht, daß zur Zeit des Anfalls der Erbschaft die auf den Sohn folgenden Intestaterben überall kein Recht hatten; denn nicht ihnen, sondern dem Sohn war das Erbrecht deferirt. Diesem mußten die eingesetzten Erben weichen, wenn er die hereditatis petitio anstellte, oder contra tab. b. p. nachsuchte; aber auch nur ihn durften sie hier als ihren Gegner anerkennen, und daraus folgt denn ganz von selbst, daß, wenn er auf sein Recht verzichtet, nunmehr das ihrige auf eine wirksame bonorum possessio eintritt. Die Folgen der Abstention eines suus heres, wenn der Erblasser ohne alle letztwillige Verfügung gestorben ist, können da nicht zur Anwendung kommen, wo ein Testament in der Mitte liegt, das zwar nach Civilrecht null und nichtig ist, nach prätorischem Rechte aber in soferne berücksichtiget wird, als Niemand vorhanden ist, welcher im Collisions-Fall dem bonorum possessor vorgeht. Eine wahre Collision findet hier nur zwischen dem Recht zur contra tabulas b. p. und dem zur sec. tab. b. p. statt; ist jenes für unbegründet erklärt, oder aufgegeben, so ist damit der Grund weggefallen, welcher die Wirksamkeit der letzteren allein hemmen konnte. Daß die Abstention Alles in die Lage bringt, als ob die Erbschaft dem suus nie erworben wäre, kann man gerne zugeben [19], ohne daß dies die Sache im Geringsten än-

19) L. 12. pr in f. D. *de interrogationib. in jure faciendis.* (XI. 1.) — Doch ist dies nicht einmal unbedingt wahr. L. 30

dert; man wird daraus unmöglich folgern wollen, daß nie eine Collision zwischen dem präterirten Sohne und den eingesetzten Erben statt gefunden hätte, weil man sonst, in Folge jener Fiction, auch eben so leicht annehmen könnte, der Sohn habe schon zur Zeit der Testamentserrichtung nicht existirt, seine Uebergehung sei mithin aus diesem Grunde als gar nicht vorhanden anzusehen [20]).

Uebrigens berufen sich, sowohl die Vertheidiger der eben entwickelten Ansicht, als auch diejenigen, welche nur den Geschwistern des präterirten und seinem Rechte entsagenden Notherben eine bonorum possessio cum re zugestehen, auf die L. 17. D. *de inj. rupto irr. facto test.* Sie ist aus Papinian's Lib. V. responsorum, und lautet wie folgt: „Filio praeterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit. Quodsi bonis se patris abstinuit, licet subtilitas juris refragari videatur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur.“ Diese letzte Aeusserung versteht man denn meistens so: es werde hier gegen die Strenge des Rechts aus Gründen der Billigkeit eine b. p. sec. tab. gegeben [21])

§. 10. D. de fideicommissariis libertatibus (XL. 5.). — „Non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem se.“ — L. 1. §. 7. D. *si quis omissa causa testamenti* etc. (XXIX. 4.) „Qui sunt in potestate, statim heredes sunt ex testamento, nec quod se abstinere possunt, quicquam facit.“

20) Hiermit stimmt im Wesentlichen überein Francke a. a. O. S. 111.

21) Es gründet sich dies zunächst darauf, daß es in der Stelle heißt: ex bono et aequo tuebitur; dieser Ausdruck werde näm-

Doch ist dies wenigstens sehr ungenau ausgedrückt, und in keinem Falle die eigentliche Tendenz der Stelle richtig angegeben [22]). Unmöglich konnte Papinian sagen wollen, daß die Brüder des präterirten Haussohns zwar nach der Strenge des Rechts (subtilitas juris) auf eine b. p. sec. tab. keinen Anspruch machen könnten, indessen ex aequo et bono ihnen geholfen werde. Denn eines Theils verstand es sich seit dem Aufkommen des prätorischen Erbsystems ganz von selbst, nicht nur, daß die Brüder des präterirten suus, wenn dieser dem Erbrechte entsagte, eine b. p. sec. tabulas erhalten konnten, sondern auch, daß diese cum re war, da ja kein Näherer vorhanden war, der ihnen die Erbschaft hätte entreißen können; andern Theils gewährte ihnen diese B. P. (wie

lich gewöhnlich gebraucht, wenn von der Einwirkung des Prätors, und insonderheit von der successio praetoria die Rede sey. S. Averrani Interpretat. juris Lib. I. Cap. XI. Num. IV—VI. Doch warum soll dieß Wort hier nicht in seiner allgemeineren Bedeutung verstanden werden, die doch oft genug in unsern Rechtsquellen zur Anwendung kommt. — Uebrigens steht tuebitur hier passiv, wie nicht selten bei den juristischen Schriftstellern, seltener schon bei andern Klassikern. S. Brissonius de V. S. v. *tueri* §. 2. Cujacius ad L. 17. D. *de injusto* etc. *testam.* (opper. prior. Tom. I. p. 1110.)

22) In der Hauptsache stimme ich auch in der Erklärung der L. 17. D. *de injusto* etc. *testam.* mit Francke a. a. O. S. 109 fg. überein. Gegen diese Interpretation erklärt sich der Recensent von Francke a. O. S. 236, welcher mit den meisten Auslegern annimmt, daß hier von einer sec. tabb. B. P. der eingesetzten Erben die Rede sey, übrigens mit Recht es rügt, daß Francke die eingesetzten Brüder ohne Beweis für Civilerben erklärt (S. 110.), was er freilich selbst später wieder zu bezweifeln scheint (S. 154.).

wie auch oben schon bemerkt werden mußte) keineswegs Vortheile, sie beschränkte vielmehr ihr Erbrecht, indem sie dadurch von selbst zur vollständigen Auszahlung der Vermächtnisse verpflichtet wurden. Die Billigkeit, welche hier die Wirkungen des strengen Rechts beschränken soll, kann daher (wie sich auch aus dem ganzen Zusammenhange der Stelle ergiebt) nur auf die Vermächtnißnehmer gehen; und damit verhält es sich auf folgende Art. Durch die Präterition des Haussohnes wird nach den Grundsätzen des Civilrechts das ganze Recht aus dem Testamente vernichtet, oder die Intestaterbfolge eröffnet, also auch für die eingesetzten Erben selbst, wenn diese mit dem Präterirten zur Intestaterbschaft berufen sind. Und da diesem die contra tabulas b. p. gegen das väterliche Testament zusteht, so ist sie auch seinen eingesetzten Brüdern eröffnet [23]), welche indessen, sie mögen sui heredes seyn, oder nur prätorische Notherben, gewissen Personen (Descendenten, Ascendenten, der Gattin und der Schwieger-Tochter oder Enkelin, und zwar diesen in Ansehung dessen, was ihnen hinsichtlich ihres Rechts auf die dos hinterlassen ist [24]) die Vermächtnisse auszahlen müssen [25]). Dem präterirten suus selbst, auch wenn er nicht sein civiles Intestaterbrecht geltend macht, sondern die contra tab. b. p. nachsucht, liegt diese Verbindlichkeit nicht ob, und wenn ne-

23) L. 3. §. 11. D. *de bon. possessione contra tabulas* — Plane si alius committat edictum, et ipse ad contra tabulas bonorum possessionem admittetur." L. 10. §. fin. *eod.*

24) L. 1. pr. *de legatis praestandis contra tabb. B. P. petita* (XXXVII, 5.).

25) L. 14. §. 1. L. 15. pr. in f. u. §. 1. D. *de legatis praestandis* etc. — Forster l. l. p. 439. Nr. I.

den ihm ein emancipirter Sohn präterirt ist, auch diesem nicht, ungeachtet er, wenn er allein präterirt wurde, stets die Vermächtnisse an die genannten Personen zu zahlen hat [26]. Wo sich nun diese Verbindlichkeit findet, da kann sie auch durch die Erklärung nicht umgangen werden, daß man die contra tab. b. p. nicht nachsuchen, sondern die Erbschaft ab intestato besitzen wolle [27]; und ist der nächste Intestaterbe allein eingesetzt, so muß er, wenn er auf das testamentarische Erbrecht Verzicht leistet, um das Vermögen ungekürzt als Intestaterbe zu erhalten, die gesammten Vermächtnisse (also ohne Beschränkung auf die obigen Personen) leisten. — Dies Recht ist es denn, welches Papinian (in der L. 17. D. de inj. etc. test.) ex aequo et bono auch auf den Fall bezieht, wenn von mehreren Notherben einer präterirt, der andere eingesetzt ist, und dieser nun das Ganze, nicht eigentlich durch das Testament des Vaters, sondern nur in Folge der Verzichtleistung seines Bruders erhält: er soll, wie wenn er die Erbschaft aus dem Testament angetreten hätte, die sämmtlichen Legate auszahlen müssen [28]. Bestimmter äussern sich hierüber schon Ulpian und Paulus. „*Nonnunquam*" (sagt der erstere) „*contra tabulas bonorum possessionem quis habet jure secundum tabulas bonorum possessionis*: utputa heres institutus est emancipatus filius, alius eman-

26) L. 15. pr. u. §. 1. in f. *de legatis praestandis* etc.

27) L. 6. §. 9. L. 23. D. *si quis omissa causa testamenti* etc.

28) Im Wesentlichen findet sich diese Ansicht auch schon bei früheren Schriftstellern, z. B. bei *Ant.* Faber Conjecturarum Lib. IX. Cap. XIV. p. 271., auch bei Dernburg Beiträge zur Geschichte d. röm. Testamente. S. 226 — 228. Note 23.

cipatus praeteritus; institutus accepit contra tabulas bonorum possessionem, praeteritus omisit. Apertissimum est, ut cogatur omnibus perinde legata praestare, atque si commissum edictum non fuisset; nec enim occassio emancipati praeteriti debet institutum lucro afficere, quum praeteritus jure suo non utatur" [29]). Und in ähnlicher Art Paulus: „Si unus emancipatus heres scriptus sit, alter praeteritus, et — — — — — solus heres institutus contra tabulas bonorum possessionem acceperit, *omnibus debebit legata praestare, perinde atque si adiisset hereditatem*" [30]).

Wie nun aber, wenn ein suus präterirt und ein gleich berechtigter Notherbe (einerlei ob ein suus oder emancipirter) eingesetzt ist, und jener weder auf sein Recht verzichtet, noch contra tabb. B. P. agnoscirt? Also: er läßt die Zeit verfließen, binnen welcher er sie nachsuchen konnte, oder auch, er geht mit Tode ab, ehe er sich erklärt hat. Daß in beiden Fällen die sec. tabb. B. P. agnoscirt werden könne, ist ausser aller Frage. Denn: „Quodsi tempus fuerit finitum, aut ante decesserint, vel repudiaverint, vel jus petendae B. P. amiserint, tunc revertetur B. P. ad scriptos" [31]). Aber wie verhält sich hier dies Recht zu dem civilen Intestaterbrecht des präterirten suus? Denn dieser erwirkt die Erbschaft ipso jure und selbst ohne den Anfall zu kennen [32]); er transmittirt daher auch dies Recht, wie

29) L. 14. pr. D. *de legatis praestandis* etc.

30) L. 15. §. 1. D. *de legatis praestandis* etc.

31) L. 2. pr. D. *de B. P. sec. tabb.*

32) L. 1. §. 7. D. *si quis omissa causa testamenti* etc. (XXIX, 4.). L. 14. D. *de suis et legitimis*.

alles Uebrige, was zu seinem Vermögen gehört, auf seine Erben [33]). Fragt man hierbei nur nach dem, was eine strenge Consequenz mit sich bringt, so ist die Antwort: es tritt die reine Intestaterbfolge ein [34]); die dem eingesetzten Erben ertheilte sec. tabb. B. P. ist wirkungslos, und eben so wenig kann er gezwungen werden, diese, oder auch die contra tabb. B. P. zu agnosciren, noch, wenn er sich als Intestaterben gerirt, die Vermächtnisse zu zahlen, da es hier ja nicht durch seinen Willen zur Intestaterbfolge kommt [35]). Indessen stimmt dieß Resultat mit dem prätorischen Erb-System nicht überein. Ist einmal dem eingesetzten Erben eine contra tabb. B. P. angeboten, so verbleibt ihm das Recht auf dieselbe, auch wenn der präterirte Erbe sie nicht agnoscirt, und darum muß er entweder davon Gebrauch machen, oder doch die Vermächtnisse erfüllen, er mag sich nun an die Intestaterbfolge anschließen, oder sec. tabb. B. P. agnosciren. Sehr bestimmt äussert sich hierüber Ulpian in der L. 16. D. *de legatis praestandis, contra tabb. B. possessione petita:* „Si duo proponantur esse, unus in potestate praeteritus, alius emancipatus institutus, apparet, commissum esse edictum per eum, qui in potestate est. Et si ambo petiissent contra tabulas bonorum possessionem, is quidem, qui in po-

33) L. 1. §. 8. D. *de collatione bonorum* („Quodsi ante acceptam B. P. decesserit suus, heredem ejus Praetor tueri debebit, pro ea parte, qua heres scriptus fuit is, qui in potestate erat, non tamen ultra virilem"). — L. 3. Cod. de jure deliberandi.

34) arg. L. ult. D. *h. t.*

35) L. 1. pr. D. *si quis omissa causa testamenti* etc. (XXIX, 4.)

testate remansit, quum rem ab intestato habeat, non praestabit liberis et parentibus legata; emancipatus vero numquid nec ipse praestat? quia ei rem aufert, qui praestaturus non erat, si solus esset[36]. Sed verius est, vel hunc saltem debere liberis et parentibus praestare legata. Proinde si contra tabb. non accepit, dicendum est, tuendum eum in partem, et utique liberis parentibusque legata praestaturum[37]." Ob in diesem Falle sämmtliche Legate gezahlt werden müßten? war unter den römischen Juristen bestritten. Ulpian bejahet auch dieses, indem er so fortfährt: „Sed an et omnibus? dubito; tamen quia plena fruatur voluntate, plenum etiam obsequium praestare testatoris judicio pro sua parte debet[38]." Eine genauere Erörterung dieser Lehre, so wie überhaupt des Verhältnisses zwischen der prätorischen und civilrecht-

36) d. h. es concurrirt der Emancipirte mit dem, welcher, wenn er allein wäre, das Ganze ab intestato haben würde. Auf diesen nämlichen Grund, den hier Ulpian für unzulänglich erklärt, stützt Paulus die Entscheidung, daß der Emancipirte, wenn er selbst präterirt ist, auch den exceptis personis die Vermächtnisse nicht zahlen dürfe. L. 15. pr. D. *de legatis praestandis* etc.: „quia fratris aufert partem dimidiam, quum, et si hic non peteret, suus solus rem habiturus esset."

37) v. Löhr Bemerkungen über die B. P., in seinem und Grolmans Magazin f. Rechtsw. u. Gesetzgebung Bd. III, Nr. VIII. S. 318 ff.

38) In einer andern Stelle (L. 5. §. 8. D. *de legatis praestandis* etc.) scheint Ulpian das Gegentheil anzunehmen. Eben so Paulus (L. 15. §. 1. *eod.*), wogegen wieder Africanus sich dafür entscheidet, daß der Eingesetzte, welcher nicht die durch einen andern ihm möglich gemachte contra tabb.

lichen Erbfolge gehört nicht hieher. Genug, wir erblicken hier eine Mischung des testamentarischen und gesetzlichen Successionsrechts: das Intestaterbrecht des civilrechtlichen Notherben wird respectirt, zugleich aber der ausgesprochene Wille des Testirers in Schutz genommen, sofern der eingesetzte Erbe ihn anerkannt hat, oder doch von dem durch Verletzung des Notherbenrechts auch ihm eröffneten vortheilhafteren Rechtsmittel keinen Gebrauch macht [39].

B. P. annimmt, sondern aus dem Testamente succediren will, die Legate vollständig bezahlen müsse (L. 14 pr D. *de B. P. contra tabb.*). Ueber die Auslegung und Vereinigung dieser Stellen ist von jeher viel Streit gewesen. M. s. namentlich die Accursische Glosse ad L. 5. §. 8. D. *de legatis praestandis* etc., (welche den Erklärungsgrund dieser Verschiedenheit darin findet, daß in dem einen Fall ein suus, in dem andern ein Emancipirter präterirt worden sey); Cujacius ad L. 14. D. *de legatis praestandis* etc. (opp. post. ed. Par. Tom. IV, p. 56.) u. Observatt. L. III. Cap. XX. *Cl.* Chifletius de jure fideicommissorum Lib. III. Cap. XI. (in Otto's Thesaur. Tom. V. p. 834 fg.). *A.* Faber Conjectur. Lib. V. Cap. XIII. *Jos. Fernandez* de Retes Adversaria ad Tit. de B. P. contra tabb. et de legatis praestandis Cap. IX in *Ger.* Meermani Thesauro jur. civ. et canon. Tom. VI. p. 510 squ.). Foerster l. l. Partic. II. §. 162 — 166. p. 449. sqqu. Franke a. a. O. §. 13. S. 150 — 156. (welcher geneigt ist, die Schlußworte der L. 16 cit. für einen Zusatz Tribonians zu halten).

39) Es bestehen also hier die Wirkungen der sec. tab. B. P., und die der contra tabb. B. P. eines präterirten Notherben neben einander; oder wie Africanus (L. 14. pr. D. *de B. P. contra tabb.*) sagt: „Praetor eum, qui heres institutus adierit, in eam partem, qua scriptus

Ist dagegen überall kein Notherbe eingesetzt, so tritt die civilrechtliche Nichtigkeit mit voller Strenge ein. — Ein Enterbter wird nicht zur contra tabb. B. P. zugelassen, auch wenn dieselbe durch einen andern eröffnet ist [40]. Daraus folgt denn, daß, wenn es einer contra tabb. B. P. zu Rescission des Testaments bedarf (also der Präterirte ein Emancipirter ist), auch das Recht daraus nur dem bon. possessor zu statten kommen kann; mithin erhält derselbe die Erbschaft allein, wenn gleichberechtigte Intestaterben rechtmäßig enterbt sind [41]. Allein

est, tueri debet"); was auch bisweilen so ausgedrückt wird: dem eingesetzten Erben wird die ihm im Testament bestimmte Erbportion conservirt, ungeachtet es zur contra tabb. B. P. kommt, oder doch ein Recht dazu vorhanden ist (L. 5. §. 6. u. 8. D. *de legatis praestandis* etc.) Auf ähnliche Weise wird in einem anderen, nicht hieher gehörigen Falle gesagt: es werde der, welcher sec. tabb. B. P. angenommen, in der Art als Erbe behandelt, wie wenn er contra tabb. B. P. agnoscirt hätte; (tuendus erit a Praetore in tantum, quantum fieret, si contra tabb. B. P. accepisset") L. 3. §. 13. D. *de B. P. contra tabb.* Vgl. auch Cujacius ad L. 14. D. *de legatis praestandis* etc. (opp. poster. Tom. IV. p. 56.). Oder auch umgekehrt, es wird eine contra tabb. B. P. mit dem Rechte der sec. tabb. B. P. gegeben. S. L. 14. pr. D. *de legatis praestandis* etc. (Note 29.) — Bluntschli Erbfolge gegen den letzten Willen S. 77. Francke a. a. O. S. 139 fg.

40) L. 8. pr. L. 10. §. 5. D. *de B. P. contra tabb.* — Forster l. l. Partic. II. §. 132. p. 399 sqq.

41) L. 10. §. 4. D. *de B. P. contra tabb.* L. 20. pr. *eod.* („Filium, quem in potestate habebat, exheredavit, emancipatum praeteriit; — — emancipatus — petens contra tabb. B. P. solus habebit bonorum possessionem). — Averanius Interpret. iur. Lib. I. Cap. VII. Nr. 14. —

ist ein suus präterirt und neben ihm ein gleichberechtigter Notherbe (gleichviel ob suus oder emancipirt) enterbt, so tritt nunmehr die reine Intestaterbfolge ein, folglich concurrirt der Enterbte zur Verlassenschaft mit dem Präterirten: „Si filio emancipato exheredato, is, qui in potestate est, praeteritus sit, ipse quidem emancipatus si contra tabulas petat, nihil agit, *ab intestato autem et suus, et emancipatus venient*", — sagt Marcian in der L. ult. D. *h. t.*; und auf gleiche Weise Ulpian (L. 1. §. fin. D. *si tabulae testamenti nullae extabunt* (XXXVIII, 6.): „Si emancipatus filius exheres fuerit, is autem, qui in potestate fuerat, praeteritus, emancipatum petentem ab intestato bonorum possessionem unde liberi tueri debet Praetor usque ad partem dimidiam, perinde atque si nullas tabulas pater reliquisset" [42]).

Bisher war von dem formellen Notherbenrecht der Haussöhne die Rede. Töchter und Enkel, welche der Gewalt des Testirers unmittelbar unterworfen waren, hatten zwar auch Notherbenrecht, aber es war zum Rechtsbestande des Testaments nicht erfoderlich, daß sie förmlich eingesetzt oder enterbt seyen. Umging der Erblasser sie ganz mit Stillschweigen, so accrescirten sie den eingesetz-

Ein hieher nicht gehöriger Fall, in welchem auch der auf rechtsbeständige Art Enterbte seinen Intestaterbtheil bekommt, ist, wenn die eingesetzten Erben die Erbschaft ausschlagen, „quum exheredatio non adita hereditate ex testamento nullius sit momenti", wie Tryphonin L. 20. pr. D. *de B. P. contra tabb.* sagt.

42) Foerster l. l. §. 155. Francke a. a. O. S. 141. — Vgl. Bd. XXXV. d. Comment. §. 1421. e. Note 11.

ten Erben, und zwar auf einen Kindestheil, wenn andere sui, auf die Hälfte, wenn Fremde eingesetzt waren.

Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 17. „Reliquae vero personae liberorum, velut filia, nepos, neptis, si praeteritae sint, valet testamentum, scriptis heredibus adcrescunt, suis quidem heredibus in partem virilem, extraneis autem in partem dimidiam" [43]).

Wenn also z. B. drei Söhne zu gleichen Theilen eingesetzt und eine Tochter oder ein Enkel präterirt waren, so zerfiel die Erbschaft in 4 Theile, wovon der Präterirte einen bekam; waren drei Fremde eingesetzt, so erhielten diese zusammen ½ und der Präterirte die andere Hälfte [44]); mehrere Enkel oder Töchter konnten in diesem Falle zusammen genommen natürlich auch nicht mehr als diese Hälfte erhalten.

Ueber die Frage: ob mehrere zu einem Stamme gehörige Enkel gemeinschaftlich nur eine Virilportion erhielten, wenn sie eingesetzten suis accrescirten, oder ob jeder derselben einen vollen Kindestheil in Anspruch nehmen durfte? fehlt es an näherer Bestimmung. Doch ist jenes nicht zu bezweifeln, da dies die allgemeine Norm für die civilrechtliche, wie für die prätorische Intestaterbfolge und nicht minder für die contra tabb. B. P. war [44]); eben so wenig ist ein Grund zu der Annahme vorhan-

43) S. auch *Gaji* Inst. II. 124. (Epitome Lib. II. Tit. III. §. 1. u. Pr. Inst. *de exheredatione liberorum*). L. Rom. Burgund. Tit. XLV. Nov. Majoriani Tit. VI. §. 3. in f. L. 4. Cod. *de liberis praeteritis*.

44) *Gaji* Inst. II. 124. Theophil ad pr. Inst. *de exheredat. liberor.*

Y 2

den, daß die Präterirten zusammen genommen (z. B. Tochter und Enkel, oder Enkel verschiedener Stämme) nur eine Virilportion erhalten hätten [46]. Zweifelhafter ist es aber, wie es gehalten wurde, wenn die sui zu verschiedenen Theilen eingesetzt waren; z. B. von zweien der eine (A) auf 4, der andere (B) auf 8 Unzien (Zwölftheile). Förster nimmt an, daß hier der Präterirte sich an Beide habe halten, also vom A 1 ⅓ Unzien, vom B 2 ⅔ vindiciren müssen, so daß mithin der wirkliche Erbtheil des A 2 ⅔ Unzien, des B 5 ⅓ Unzien betragen und das übrige Drittheil des Ganzen der Präterirte erhalten habe [47]. Allein der bei diesem ganzen Rechte beabsichtigten Gleichheit ist dies schwerlich gemäß; mit dieser verträgt es sich nicht, daß der, welchem das Gesetz eine Virilportion zuwendet, den gesetzlichen Erbtheil seiner Miterben schmälete. Wäre einer der Testamentserben auf noch weniger als seine Intestatportion (z. B. auf den Pflichttheil) eingesetzt, so würde die dadurch bewirkte Ungleichheit freilich durch Anwendung der gesetzlichen Billigkeit nicht entfernt werden können. Aber dadurch ist ihm ja doch keineswegs das Recht entzogen, eine offenbar unbillige Klage zurückzuweisen; unbillig ist sie, weil den Intestaterbtheil, welchen das Accrescenzrecht dem Präterirten gewähren sollte, nicht derjenige besitzt, welcher ja selbst nur hat, was ihm gebührt, sondern der begün-

45) §. 6. Inst. *de hereditatibus quae ab intestato def.* L. 1. C. *unde liberi.* (VI. 14.) L. 11. §. 1. D. *de B. P. contra tabb.*

46) Dieß glaubt Forster l. l. Partic. I. §. 29. p. 88. S. dagegen Bluntschli a. a. O. S. 38.

47) Forster l. l. p. 88. in f. sq.

stigte Miterbe, an den der Kläger auch schon nach der Analogie dessen, was von der hereditatis petitio partiaria gilt [48]), zu verweisen seyn möchte.

Ich würde kein Bedenken tragen, den Fall eben so zu entscheiden, wenn sui neben Extraneis eingesetzt sind, d. h., in soferne die Ersten nicht mehr als ihren Intestaterbtheil haben, die Klage des Präterirten nur gegen die Fremden gestatten. Indessen steht hiermit eine Stelle aus Paulus Sententiae receptae (die einzige uns bekannte, welche dies Verhältniß berührt) im Wiederspruch. Sie lautet so: „Filio et Extraneo aequis partibus heredibus institutis, si praeterita accrescat, tantum suo avocabit, quantum Extraneo. Si vero duo sint filii instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit“ [49]). Der Grundsatz: den Fremden accrescirt der Präterirte zur Hälfte; den suis zu einer Virilportion, wird hier also mit einer Consequenz zur Anwendung gebracht, welche im praktischen Resultat offenbar zu einer Inconsequenz führt, denn sie vernichtet das Princip der Gleichheit, worauf dies ganze jus accrescendi beruht, indem hiernach der Präterirte stets mehr bekommt, als der eingesetzte suus. Ist ein suus mit einem extraneus eingesetzt, so nimmt der Präterirte jedem die Hälfte ihres Erbtheils weg; sind mehrere sui neben extraneis eingesetzt, so bekommt er eine Virilportion von dem Erbtheil, auf welchen die sui im Ganzen angewiesen sind, und ausserdem noch die Hälfte von dem Erbtheile der extranei! So wird die Stelle ganz allgemein, und, wie ich fest glaube, mit Recht, von den früheren Aus-

48) L. 1. §. 3. D. *si pars hereditatis petatur* (V. 3.) S. Bd. VIII. d. Commentars §. 572. S. 3 fgg. Nr. 3.

49) *Pauli* Sent. rec. Lib. III. Tit. IV. B. §. 8.

legern verstanden[50]). Anders interpretirt jetzt Bluntschli[51]). Nach ihm soll Paulus in dem ersten Theile der Stelle sagen: die Tochter nimmt von den suus und von dem Fremden gleichviel weg, so daß sie von der ganzen Erbschaft nur eine Virilportion bekommt. „Die Erbschaft war in zwei gleiche Theile zerlegt. Jetzt kommt die Tochter hinzu, und es muß ein dritter Theil gemacht werden für diese. Der Sohn hatte 6/12, der Fremde ebenfalls 6/12. Nun nimmt die Tochter von jedem gleichviel weg, also 2/12. So erhält sie 4/12, und jeder der beiden andern ebenfalls 4/12." Den zweiten Theil der Stelle (welcher von dem Falle handelt, wenn mehrere sui neben mehreren Fremden eingesetzt sind,) weiß er freilich mit seiner Annahme nicht zu vereinigen, und sucht sich daher durch die Voraussetzung zu helfen, daß hier etwas ausgefallen sey; was? erfahren wir indessen nicht. So lange aber nicht nachgewiesen wird, daß die Stelle vom Paulus interpolirt oder verstümmelt sey, muß man diese Erklärung für eine sehr willkührliche halten. Sie ist offenbar durch das Bestreben veranlaßt, die ältere römische Jurisprudenz gegen den Vorwurf der Unbilligkeit, der Inconsequenz und des Mangels an praktischem Takt in Schutz zu nehmen[52]). Allein vergessen ist dabei, daß das römische Recht sich durch ein regelmäßiges Fortschreiten bei Zahlenbestimmungen keineswegs vortheilhaft auszeichnet[53]). Wenn aber

50) S. Schultingii jurispr. vet. antejust. p. 97 nota 9. u. p. 348. not. 24. 25. Vinnius ad Pr. Inst. *de exhered. liberor.* Nr. III. IV. Foerster l. l. Partic. I. §. 30. p. 89 sq.

51) a. a. O, S. 39—42.

52) a. a. O. S. 40.

53) Man denke z. B. nur an die Bestimmung der L. Furia

Bluntschli sich auch noch darauf beruft, daß, habe jene Unbilligkeit je gegolten, die Juristen irgend ein Rechtsmittel erfunden haben würden, um einer so schreienden Ungerechtigkeit zu begegnen, — so fand die Praxis hier in der That auch ein solches Mittel, in der prätorischen contra tabb. B. P., welcher das jus accrescendi fremd war [54]), bis der K. Antonin es wieder einmengte [55]).

Das Accrescenzrecht der Töchter und Enkel konnte aber auch durch eine exheredatio inter ceteros (d. i., durch die Formel: Ceteri exheredes sunto [56]) ausgeschlossen werden [57]); nur mußte der Testirer ihnen ein Legat hinterlassen [58]) (ohne Zweifel vermittelst persönli-

Caninia (Gajus I. 45. *Ulpianus* I. 24.), ferner an die Vorschrift über das tempus excusationis wegen Uebernahme einer Vormundschaft (§. 16. Inst. *de excusat. tutor. et curat.*), an die Wirkungen des jus accrescendi der Erben in Beziehung auf die quarta Falc. (L. 21. §. 1. L. 78. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV. 2.) u. s. w. Vgl. auch Schrader Abh. aus dem Civilr. I. Bd. N 5. S. 165 fgg.

54) *Gaji* Inst. II. §. 125.

55) *Gaji* Inst. II. §. 126. L 4. pr. C. *de liber praeter.* Foerster l. l. Partic. I. §. 31. p. 90 sq. — Von diesem allen kann hier übrigens noch nicht näher gehandelt werden.

56) S. oben S. 306 fgg.

57) *Gaji* Inst. II. §. 128. III. 66. *Ulpiani* Fragm. XXII. 20. Pr. Inst. *de exhered. liberor.* u. die Paraphrase bei Theophilus.

58) *Ulpiani* Fragm. XXII. 21, 22. Die Nothwendigkeit, den inter ceteros Enterbten ein Vermächtniß auszusetzen, ist nur in Beziehung auf die Postumen ausgesprochen. Daraus schließt mit Andern Vinnius ad §. 1. Inst. *de exher. liberor.*, daß sie sich auch nur auf diese beschränkt habe

cher Bezeichnung), damit es nicht an der Ueberzeugung fehle, daß keineswegs nur Vergessenheit dabei zu Grunde liege [59]). Auch blieb ihnen alsdann immer noch die Anfechtung des Testaments und die querela inoff. test. möglich, wenn ihnen das Vermächtniß ihren Pflichttheil nicht gewährte [60]).

Manches Eigenthümliche hatte das förmliche Notherbenrecht der Postumen. Es ist seinen wesentlichsten und schwierigsten Puncten nach schon oben bei Erklärung der L. *Gallus* (§. 29.) D. h. t. zur Sprache gekommen. Hier ist darüber nur noch folgendes zu bemerken:

1) die Agnation eines postumus suus rumpirte stets das Testament, wenn der postumus nicht eingesetzt oder enterbt war; in dieser Beziehung fand also kein Unterschied zwischen Descendenden männlichen und weiblichen Geschlechts, so wie zwischen Descendenten des ersten und der folgenden Grade Statt [61]).

Indessen sagt Ulpian allgemein: „dummodo inter ceteros exheredatis aliquid legetur." Auch ist es ja überhaupt bei den Alten nicht ungewöhnlich, eine allgemeine Regel an eine specielle Anwendung anzuknüpfen.

59) §. 1. Inst. *de exhered. liberor.*, und („ne viderentur praeteritae esse per oblivionem"). — S. auch oben S. 152. Note 38. 39.

60) L. 4. C. *de liberis praeter.* — Vinnius ad §. 1. Inst. *de exher. liberor.* Nr. 5. — Vgl. Bd. XXXV. d. Comment. §. 1421. d. S. 324, Note 52.

61) *Gaji* inst. II. §. 130 sqq. *Ulpiani* Fragm. XXII. 18. §. 1. u. 2. Inst. *de exher. liberor.* L. 13. D. *de injusto* etc. *test.* — Vinnius ad §. 1. *ej. Tit.* Nr. 1. Foerster l. l. Partic. I. §. 45. p. 125 sqq. — Wie übrigens Bluntschli meint, man dürfe nicht sagen: „postumi müssen ent-

2) Auch in Ansehung der Art, wie die Einsetzung ausgesprochen werden mußte, war kein Unterschied vorhanden; es genügte für alle Fälle die Einsetzung mittelst einer generellen Formel (quisquis mihi natus erit u. a. m.), wenn nur die Worte den wirklich eingetretenen Fall der agnatio postumi mit umfaßten [62]. Dagegen was die Enterbung anbetrifft, so fand sich dabei ein Unterschied, gewiß zwischen Söhnen und Töchtern; von jenen heißt es auch hier, sie seien nominatim zu enterben, für Töchter genüge eine exheredatio inter ceteros mit Hinterlassung eines Vermächtnisses [63]. Unter nominatim exheredare wird hier übrigens nicht die individuelle Bezeichnung der enterbten Personen verstanden, sondern nur eine bestimmte, wenn auch allgemeine Erklärung, im Gegensatze der exheredatio inter ceteros: masculos postumos, i. e. filium et deinceps, placuit, non aliter recte exheredari, *nisi nominatim exheredentur, hoc sc. modo: quicunque mihi filius genitus fuerit ex-*

weder eingesetzt oder enterbt werden, sonst zerstören sie das Testament durch ihre Geburt; sondern vielmehr: sie zerstören dasselbe eigentlich immer; nur wenn sie eingesetzt oder enterbt sind, so wird seine Kraft erhalten", — so kann dies nicht zugegeben werden. Schon aus der einzigen L. 29. D. *h. t.* ergiebt sich, daß die gehörige Berücksichtigung der Postumen das Rumpiren verhütete, und namentlich heißt es ja: legem Vellejam multos casus rumpendi abstulisse. Bluntschli's Ausdruck kann man nur von den Fällen gebrauchen, wo ein Testament nach Civilrecht ungültig ist, aber durch eine wirksame B. P. bei Kräften erhalten wird.

62) S. z. B. L. 29. §. 6. in f. D. *h. t.* L. 10. *eod.* u. a. Vgl. oben S. 202. Nr. 3.

63) *Ulpiani* Fragm. XXII. 21. §. 1. Inst. *de exher. liberor.*

heres esto" [64]). Ob aber auch nachgeborne oder nachrückende Enkel männlichen Geschlechts inter ceteros enterbt werden konnten? ist streitig. Ulpian erklärt in den s. g. Fragmenten diese Enterbung der Theorie nach für zulässig, meint aber, es sey sicherer und auch gebräuchlicher, die Enkel bestimmt auszuschließen: „Nepotes et pronepotes ceterique masculi postumi praeter filium, vel nominatim, vel inter ceteros cum adjectione legati sunt exheredandi; sed tutius est tamen nominatim eos exheredari: et id observatur magis" [65]). Hingegen in den Pandekten lassen die Compilatoren ihn so sprechen: „Postumi per virilem sexum descendentes [66]) ad similitudinem filiorum nominatim exheredandi sunt, ne testamentum agnascendo rumpant" [67]). Daß ein Streit hierüber unter den älteren Juristen statt gefunden, die Praxis aber sich für die zuletzt angeführte Meinung entschieden habe, geht aus allen Aeusserungen deutlich hervor [68]). Vielleicht sprach Ulpian die in den Fragmenten von ihm angedeutete Ansicht der Praxis un-

64) §. 1. in f. Inst. *de exher. liberor.* — Vgl. Schrader ad *h. l.*

65) *Ulpiani* Fragm. XXII. 22.

66) d. i. postumi virilis sexus, per virilem sexum descendentes, wie Ulpian Tit. XI. §. 4. sagt. S. Bynkershoek Observat. jur. Rom. Lib. VIII. Cap. XXIII. in f.

67) L. 3. pr. D. *de injusto* etc. *test.*

68) M. s. die Note 65. angeff. Stellen. In dem §. 1. Inst. in f. heißt es namentlich: „masculos vero postumos, i. e. filium et deinceps, *placuit* non recte exheredari, nisi nominatim exheredentur." Bekanntlich wird der Ausdruck *placuit* gerne in Beziehung auf diejenigen Rechtssätze gebraucht, welche sich unter dem Einfluß der Doctrin und Praxis ausbildeten. S. Brissonius de V. S. v. *placere.*

unumwunden aus; vielleicht änderte aber Tribonian auch die L. 3. pr. D. *de injusto* etc. *test.* nach dem Rechte ab, was zu seiner Zeit entschieden feststand, — wie dieß nicht ohne Wahrscheinlichkeit Cujacius vermuthet [69]. Für ganz mißlungen dagegen muß die Erklärung von Bynkershoek gehalten werden, daß Ulpian in den Fragmenten nur von nepotes non sui spreche [70]. Denn diese einzusetzen oder zu enterben war ja überall nicht nöthig, wozu hätte es denn also einer Bestimmung hierüber bedurft? [71].

3) Der nicht gehörig berücksichtigte postumus zerstört durch sein Erscheinen ein Anfangs giltiges Testament; diesen Unterschied zwischen einem testamentum nullum und ruptum hebt Ulpian sehr bestimmt hervor, wenn er sagt: „apparet aliam causam esse filiorum superstitum, aliam postumorum; illi injustum faciunt, hi rumpunt; *illi semper*, *hi si nascantur*, *nec inveniant se exheredatos*“ [72]. Darum wird das Recht der testamentarischen Erben einstweilen suspendirt, wenn ein Postumus erwartet wird. Erscheint er nicht, oder, was einerlei ist, wird er tod geboren, so bleibt das Testament auch nach Civilrecht bei Kräften [73]; lebt er aber auch nur einen Moment, so ist es wirkungslos [74], und

69) Cujacius ad L. 4. D. *h. t.* (opp. prior. ed. Par. p. 1081.) Ihm folgt Vinnius ad §. 1. Inst. *de exher. liberor.* Nr. 5.

70) Bynkershoek Observ. Lib. VIII. Cap. XXIII.

71) Mit Recht fällt Schrader ad d. Tit. Inst. §. 1. hierüber das Urtheil: „parum probabilia sunt apud Bynkersh.“

72) L. 3. §. 3. D. *de injusto* etc. *test.*

73) L. 84. D. *de adquir. vel omitt. hereditate* (XXIX. 2.) L. 3. u. 4. C. *h. t.* (VI. 29.)

74) L. 2. C. *h. t.*

seine Erben erhalten nunmehr die väterliche Verlassenschaft, wenn der Postumus erst nach dem Tode des Vaters zur Welt kam [75]). Einen Streit der Schulen darüber: Von welcher Beschaffenheit die Kennzeichen des Lebens gewesen seyn müßten, damit eine Ruption des Testaments eintrete, entschied Justinian dahin, daß hierauf nichts ankomme, wenn nur die lebendige Geburt des Postumus erweislich sey [76]). — Es vernichtet aber die Ruption das Testament nach Civilrecht so vollständig, als wenn ein lebender Haussohn präterirt ist [77]); erscheint indessen der Postumus beim Leben seines Vaters, und geht vor demselben wieder mit Tode ab, so wird dem Testamentserben eine wirksame secundum tabb. B. P. gegeben [78]).

Diese Bemerkungen genügen für diejenigen Untersuchungen, welche in dem gegenwärtigen Titel noch zur Sprache kommen, einzelne hiermit in Verbindung stehende Fragen können erst weiter unten (beim §. 1432) erörtert werden.

---

75) Francke Notherbenr. S. 114. a. E. fgg. — Daß übrigens, wenn die Erben des Postumus verzichten, die Testamentserben eine wirksame sec. tabb. B. P. erhalten, ist hier durchaus keinem Zweifel unterworfen. Vgl. die Erörterung über den Fall, wenn ein präterirter suus heres abstinirt, oben S. 49 fgg.

76) L. 3. C. *h. t.* — Vgl. Bd. II. d. Comment. §. 115. S. 78 fgg. N. I. Dirksen Beiträge zur Kunde d. röm. Rechts S. 64 fgg. Meine Doctr. Pand. Vol. I. §. 177. not. 4.

77) L. 1. Cod. *h. t.* L. 15. in f. D. *de injusto* etc. *test.*

78) L. 12. pr. D. *de injusto* etc. *test.* Vgl. oben S. 317.

Außer den oben vorgetragenen, das förmliche Notherbenrecht der Haussöhne betreffenden Rechtssätzen giebt es noch andere, welche, ihrem größten Theile nach wenigstens, sich ebenfalls auf die Einsetzung oder Enterbung eines Haussohns beziehen. Indessen wurden sie an dem früheren Orte übergangen, um nicht den dort beabsichtigten Zusammenhang zu unterbrechen; auch bieten sie bequeme Anknüpfungspunkte dar für manche allgemeinere Begriffe, welche zweckmäßig erst nach den so eben abgehandelten Lehren erörtert werden.

I) Über die Form der Erbeinsetzung erhält das römische Recht keine besonderen Vorschriften hinsichtlich der Notherben. Was für Andere nicht als wahre Erbeinsetzung bestehen kann, gilt für jene als Präterition [79]). Zu der Zeit also, wo die Ernennung eines Erben noch an bestimmte Formeln gebunden war [80]), mußte diese auch hier angewandt werden, und als die Art des Ausdrucks bei der Erbeinsetzung überhaupt für etwas gleichgiltiges und willkührliches erklärt wurde [81]), kam darauf auch

79) §. 12. Inst. *de hereditat. quae ab int. defer.* (— — „liberis praeteritis, i. e., neque heredibus institutis, neque ut oportet exheredatis). L. 16. §. 1. D. *de vulg. et pupill. substitutione* (XXVIII. 6.) (Vgl. L. 19. D. (*de heredib. instituendis*, XXVIII. 5.) — S. auch Bd. VII. d. Comment. §. 551. S. 201 flg. nr. 3.

80) *Gaji* Inst. II. 117. „solemnis autem institutio haec est: *Titius heres esto.* Sed et illa jam comprobata videtur: *Titium heredem esse jubeo.* At illa non est comprobata: *Titium heredem esse volo.* Sed et illae a plerisque reprobatae sunt: *Heredem instituo*, item: *heredem facio.* — Auf ähnliche Art äussert sich auch noch Ulpian Tit. I. d. Fragmente.

81) L. 15. C. *de testamentis.* (VI. 23.)

für die Einsetzung von Notherben nichts mehr an. Nur muß der Wille des Testirers, also die Absicht einer Erbeseinsetzung, deutlich erklärt seyn[82]); es muß sich mit andern Worten seine Anordnung von einer bloßen Vermächtnißbestimmung unterscheiden lassen[83]). Erben und Vermächtnißnehmer sind auch im neueren Rechte sehr bestimmt von einander geschieden; wenn daher Julian sagt: der Sohn, dem sein Vater die Erbschaft durch Fideikommiß zuwende, sey für präterirt zu achten[84]), so gilt dieß Recht im Ganzen jetzt noch, da es unabhängig ist von der Form oder dem Ausdruck der Einsetzung[85]).

82) „si modo per eam liquebit voluntatis intentio" heißt es in d. L. 15. C. *de testam.* — *Jo. Frid.* Wahl (resp. Harmes) D. de justa liberos heredes instituendi forma (Goett. 1751. §. 15. u. 17.

83) Die Streitigkeiten der neueren Juristen darüber, ob es als Erbeseinsetzung gelten könne, wenn der Erblasser erklärt: er vermache seinem Notherben den Pflichttheil, oder derselbe solle mit dem Pflichttheile zufrieden seyn, sind bereits Bd. XXXV. d. Commentars §. 1421. d. S. 318—320. zur Sprache gekommen.

84) L. 27. §. 12. D. *ad Sct. Trebell.* (XXXV. 1.) „Qui rogatus est emancipato filio restituere hereditatem, cogi debet adire et restituere, *quamvis filius contra tabb. b. possessionem accipere possit.*"

85) Sancimus (sagt Justinian Nov. 115. Kap. 3. pr.) non licere patri vel matri — — liberos praeterire — —, *nec si per quamlibet donationem vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederint legibus debitam portionem.*" (S. Bd. XXXV. d. Comment. S. 317.). Doch auch ohne diese Vorschrift würde gegen die Richtigkeit der im Text enthaltenen Bemerkung und der Schlußfolgerung, worauf sie beruht, kein gegründeter Zweifel erhoben werden können.

Es ergiebt sich hieraus, daß die Einsetzung eines Notherben auch nicht in einem Codicill geschehen darf; denn „directo hereditas codicillis neque dari, neque adimi potest“ [86]). Auf indirectem Wege, nämlich als Fideikommiß (vermittelt durch die in einem solennen Testamente eingesetzten, oder auch durch die Intestaterben) wird eine solche Einsetzung zwar aufrecht erhalten [87]); so ist ja aber der Notherbe immer nicht gehörig berücksichtigt. Will Jemand seinem Notherben die Erbschaft oder den ihm gebührenden Erbtheil durch Fideicommiß wirksam zuwenden, so muß er ihn zugleich enterben [88]).

Daß der Notherbe seinen ganzen Erbtheil durch Einsetzung erhalte, ist nicht nöthig [89]); d. h. für nichtig erklärt, oder durch contra tabb. B. P. angefochten wer-

86) §. 2. Inst. *de Codicillis.* L. 6. pr. L. 10. D. *de jure Codicillorum.* (XXIX. 7.)

87) L. 2. §. 4. D. *de jure Codicill.* L. 76. D. *ad Sat. Trebellianum.* — Der in diesen Stellen enthaltene Rechtssatz wird in den Institutionen auch so ausgedrückt: „nam per fideicommissum hereditas codicillis jure relinquitur.“ Das *nec* (statt nam) bei Biener ist höchst wahrscheinlich ein bloßer Druck- oder Schreibfehler, worauf schon der Umstand hätte aufmerksam machen sollen, daß Biener eine in jedem Betracht so singuläre Lesart schwerlich in den Text aufgenommen haben würde, ohne seine Quelle zu nennen. Dennoch führen die neueren Editoren (Beck, Bucher, Kriegel, Boecking, Schrader) das nec jetzt als Variante an.

88) L. 18. D. *h. t.* „Multi non notae causa exheredant filios, nec ut eis obsint, sed ut eis consulant, utputa impuberibus; eisque fideicommissam hereditatem dant.“ Foerster l. l. Partic. I. §. 2. p. 41. in f. sq.

89) L. 29. §. 10. D. *h. t.* L. 8. §. 14. D. *de B. P. contra tabb.*

den kann deßhalb das Testament nie [90]), sondern dem Verkürzten stehen alsdann nur die bekannten Rechtsmittel zu, (früher die quer. inoff. test., später die actio suppl. legitimam (§. 1421.)) Ferner leidet es, nach dem früheren Rechte wenigstens, keinen Zweifel, daß die Einsetzung auch auf eine bestimmte Sache oder Summe erfolgen könne [91]). Ob Justinian dieß abgeändert, ob er nämlich bestimmt habe, daß Jeder, welcher neben andern Erben in re certa eingesetzt wird, nur die Rechte eines Legatars haben könne [92]), ist sehr bestrit-

90) Dagegen darf man sich auch nicht auf die L. 8. §. 14. D. *de B. P. contra tabb.* berufen. Denn wenn es hier heißt: „Nam si ex parte minima sit heres institutus, non pro ea parte, qua institutus est, tuendus est commisso edicto, sed amplius per b. possessionem habere potest"; — so ist hier die Rede von einer durch einen Andern eröffneten contra tabb. B. P., die nun freilich auch den Eingesetzten zu statten kommt. L. 3. §. 11. L. 8. §. 14. D. *de B. P. contra tabb.*

91) arg. L. 19. D. *h. t.* — — „quoniam nec fundi exheres esse jussus rectè exheredaretur, *aliamque causam esse institutionis*, quae benigne acciperetur." — L. 1. Greg. Cod. *de familiae ercisc. et comm. divid.* (III. 4.) Hier ist in Beziehung auf einen in re certa eingesetzten Erben von der familiae erciscundae actio die Rede; ein Beweis, daß neben ihm noch ein Anderer eingesetzt war. S. Hennemann. Ob ein in gewisser Sache eingesetzter Erbe neben einem ohne gleiche Beschränkung eingesetzten als Legatarius anzusehen sey? (Schwerin 1790.) S. 8 fgg. Mit Unrecht beruft sich aber Francke (Notherbenrecht S. 338.) auf die L. 35. pr. D. *de heredib. instit.*; eine Stelle, welche ganz deutlich den Fall betrifft, wo nur zwei Erben vorhanden, beide aber auf bestimmte Sachen eingesetzt waren.

92) Die betreffende Stelle ist die L. 13. C. *de heredib. instit.*

ten [93]; doch darf hier nicht näher in diese Streitfrage eingegangen werden, da sie ganz allgemein zu der Lehre von der Erbeinsetzung gehört (§. 1439).

Für eine giltige Erbeinsetzung des Notherben kann es aber nicht gehalten werden, wenn nicht er selbst, sondern derjenige eingesetzt wird, durch welchen er erwirbt;

„Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, *Quos legatariorum loco haberi certum est*, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum restitutionem referuntur, eos tantummodo *omnibus hereditariis actionibus* uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, *nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri.*“

93) Die gemeine Meinung nimmt dieß an. Ich habe mich derselben früher angeschlossen (Doctr. Pand. Vol. III. §. 666. not. 5.), bin aber nach wiederholter Erwägung der Gründe jetzt geneigt, der entgegen stehenden Ansicht den Vorzug zu geben. Gewiß ist 1) daß Justinian nicht sagen durfte: „quos legatariorum loco haberi certum est“, wenn sich diese Worte auf den im Eingange vorgetragenen Satz beziehen sollen; 2) daß er ausdrücklich bestimmt: die in re certa neben Anderen Eingesetzten sollen nur nicht alle erbschaftlichen Klagen haben oder ihnen ausgesetzt seyn, was füglich so verstanden werden kann: die erbschaftlichen Activ- und Passivklagen gehen sie nichts an, soferne solche sich auf die ihnen überwiesenen Sachen beziehen. (Hennemann a. a. O. S. 25—28). Nimmt man nun hiernach an, daß ein also Eingesetzter im Allgemeinen nicht aufhöre Erbe zu seyn, so ist durch eine solche Einsetzung auch dem förmlichen Notherbenrechte genügt. — Vgl. A. D. Weber zu Höpfners Commentar §. 494. Note 4. Francke a. a. O. S. 338 fg.

die Erbeseinsetzung muß also auf seine Person gerichtet seyn [94]). Diese Regel ist zwar nirgends geradezu ausgesprochen, indessen ergiebt sie sich durch einen Schluß vom Gegentheil sehr deutlich daraus, daß die B. P. contra tabb. dem Notherben alsdann versagt wurde, wenn er seinem Sclaven, welcher in dem väterlichen Testamente zum Erben eingesetzt war, den Befehl zur Antretung gab [95]); in einem solchen Befehl liegt nämlich eine Anerkennung des Testaments [96]). Uebrigens konnte von der Anwendung dieses Rechtssatzes auf den Haussohn früher nur die Rede seyn, wenn derselbe ein von dem Vater nicht abhängiges Peculium besaß, nach neuerem Rechte genügte es freilich schon, wenn in dem s. g. peculium adventitium des Sohnes Sclaven befindlich waren, da das Eigenthum an diesem Peculium ja den Kindern selbst zusteht [97]).

Aus der Natur des förmlichen Notherbenrechts fließt von selbst der Satz, daß die Einsetzung eines Haussohns nicht unter einer, ganz oder theilweise vom Zufall abhängenden Bedingung (conditio casualis oder mixta) geschehen kann [98]). Denn da hierin die stillschweigende

94) Foerster l. l. P. I. §. 3. p. 43 sq.

95) L. 3. §. 15. D. *de B. P. contra tabb.*

96) Vgl. L. 8. D. *de bonis libertorum* (XXXVIII. 2.)

97) L. 6. u. 8. C. *de bonis quae liberis* (VI. 61.)

98) L. 4. u. 5. D. *de heredib. instit.* (XXVIII. 5.) — L. 28 D. *de conditionibus institutionum* (XXVIII. 7.) — L. 83. D. *de condition. et demonstrationibus* (XXXV. 1.) — Ganz unbedeutend ist die in dieser Materie öfter allegirt Dissertation von *Jo. Just. Ge.* Mayer (Praes. *C. C.* Westphal) de conditione potestativa institutioni liberorum adjecta Hal. 1778. Etwas tiefer eingehend, doch

Erklärung liegt: der Sohn solle ausgeschlossen seyn, wenn die Bedingung nicht eintrete, Enterbungen aber geradezu und bestimmt ausgesprochen werden müssen [99]), so ist die bedingte Einsetzung einer Präterition gleich [100]). Unter einer reinen Potestativbedingung dagegen ist die Einsetzung möglich [1]): es mag nun der Testirer den Er-

ebenfalls ohne gründliche Exegese ist die Diss. von *Ge.* Fein de herede suo sub conditione instituto. Goett. 1777. Einige hiermit in Verbindung stehende, das Pflichttheilsrecht betreffende Fragen sind bereits in dem XXXV. Bande des Commentars. §. 1421. d. S. 330 — 333. zur Erörterung gekommen.

99) L. 3. §. 1. D. *h. t.* — L. 18. pr. D. *de B. P. contra tabb.* — („certo enim judicio liberi a parentum successione removendi sunt"). — M. s. übrigens auch unten die Note 18.

100) Vgl. Wahl D. cit. §. 24. *Ge.* Fein D. cit. §. 21. Francke Notherbenrecht S. 46 fg. — Ausgenommen sind hier jedoch die conditiones in praeteritum vel in praesens collatae. Da hiedurch nichts suspendirt wird, so ist die Einsetzung unter einer solchen Bedingung als eine unbedingte zu betrachten, wenn zur Zeit der Testamentserrichtung die Bedingung bereits eingetreten war, sonst aber ist das Testament als gar nicht vorhanden anzusehen. L. 16. D. *de injusto etc. facto testamento.* Dieß ist denn auch ausdrücklich in Beziehung auf Notherben anerkannt. L. 10. §. 1. D. *de conditionibus institutionum* (— „*valet institutio etiam in filio, qui in potestate est, quum nulla sit conditio, quae in praeteritum conferatur, vel quae in praesens*"). Der Notherbe erscheint also hier als pure instituirt, wenn die Bedingung eingetreten war, wo nicht, so tritt Intestaterbfolge ein. — Anderer Meinung ist Valett Notherbenrecht S. 29 fg.

1) „quia ejusmodi conditio pro pura debet haberi." L. 1. §. 8. D. *si quis omissa causa testamenti* (XXIX. 4.)

werb der Erbschaft geradezu von dem Willen des Erben abhängen lassen, oder ihm als Bedingung des Erwerbs eine Handlung oder Leistung auferlegen: „Jam dubitari non potest, (sagt *Maecianus* Lib. VII. Fideicommissorum), suos quoque heredes sub hac conditione institui posse, ut, si voluissent, heredes essent. — — Sed et ceteris conditionibus, quae in ipsorum sunt potestate, si sui pareant, jus abstinendi assequi non debent [2]). Auch die Erfüllung einer Potestativbedingung kann freilich durch Zufall gehindert werden; aber dann gilt sie für erfüllt, sobald nur die ernstliche Absicht, dem Testirer zu gehorchen, nicht bezweifelt werden darf: „implenda est enim voluntas, *si potest*“ [3]). Wer daher eine solche Bedingung zu erfüllen sich weigert, ist dem gleich, welcher die Erbschaft aus dem Testamente nicht haben zu wollen erklärt [4]); weshalb denn auch auf ihn die Bestimmung des Edicts bezogen wird, daß die Vermächtnisse von dem bezahlt werden müssen, welcher die testamentarische Verlassenschaft ausschlägt, um ab intestato zu erben: „Qui sub conditione institutus

2) L. 86. D. *de heredib. instit.* — S. auch L. 4. L. 6. L. 69. in f. *eod.* L. 12. 15. u. 28. D. *de conditionib. institutionum* (XXVIII. 7.) — L. 20. §. 4. in f. D. *de bonis libertorum* (XXXVIII. 2.) Foerster l. l. P. I. §. 8. p. 53. h.

3) L. 8. §. 7. D. *de conditionib. instit.* L. 3. et L. 11. *eod.* — *H.* Donelli commentarii juris civ. Lib. VIII. Cap. 34. §. 2. 4. 5. (T. V. d. Ausg. von Bucher). *A. E.* Endemann commentationis de implendae conditionis tempore specimen. (Marb. 1821.) §. 12. p. 47. u. §. 15. — Foerster l. l. Part. I. §. 7. p. 50.

4) L. 13. D. *de legatis praestandis*: „nam si eam (conditionem), quae in ipsius potestate fuit, non implevit, pro eo habendus est, qui noluit adire hereditatem.“

heres potuit parere conditioni, nec paruit, quum conditio talis sit, ut in arbitrio sit heredis instituti, deinde ab intestato possideat hereditatem, debebit edicto teneri, quia ejusmodi conditio pro pura debet haberi" [5]). Gerade aber, weil die Erfüllung der Bedingung als eine Erklärung, Erbe werden zu wollen, angesehen werden muß, ist es nothwendig, daß sie nach dem Tode des Erblassers geschehe [6]), und zwar nicht zufällig, sondern in der bestimmten Absicht, der testamentarischen Auflage Folge zu leisten: „nam ut paruisse quis conditioni videatur, etiam scire debet, hanc conditionem insertam; nam si facto fecerit, non videtur obtemperasse voluntati" [7]). Oder, wie Paulus (L. 11. §. 1. D. *de condition. et demonstrationibus*) sagt: „sciendum est, promiscuas conditiones [8]) post mortem impleri oportere, si in hoc fiant, ut testamento pareatur, veluti: *si Capitolium ascenderit*,

5) L. 1. §. 8. D. *si quis omissa causa testamenti*. Foerster l. l. p. 49 sq.

6) *A.* Endemann Commentat. cit. §. 12. 13. p. 45 sqq.

7) L. 2. in f. D. *de condit. et demonstrationibus*.

8) Dieser Ausdruck hat hauptsächlich die Behauptung veranlaßt, daß es wahre Potestativbedingungen gar nicht gebe. S. *Aug. Frid.* Schotti Observ. de conditionis potestativae figmento in opp. jurid. p. 272 sqq. Allein *promiscuum* nennt Paulus hier das Gewöhnliche, das Gemeine, das Alltägliche. (S. Taciti Germania Cap. V. in f. — „quia numerus argenteorum faciliori usui est *promiscua ac vilia mercantibus*; Id. histor. Lib. I. Cap. 84. — „Muta ista et inanima intercidere ac reparari *promiscua sunt*.") Denn es ist hier die Rede von einem Spaziergange, also einer an sich gleichgiltigen und alltäglichen Sache; es genügt nicht, daß der Erbe eine solche Handlung

et similia, non promiscuas etiam vivo testatore existere posse, veluti: *si Titius Consul factus fuerit.*"

Wer nun seinen Sohn unter einer andern Bedingung giltig einsetzen will, muß ihn unter der entgegenstehenden enterben [9]), sonst ist die Verfügung vom Anfang an nichtig [10]). Ob eine Bedingung eine potestative

irgend einmal vornehme, er soll sie in der Absicht vornehmen, der testamentarischen Auflage zu genügen. Ganz gewiß ist daher auch die Erklärung von CUJACIUS (Observatt. Lib. XIV. Cap. II. unrichtig, daß Paulus diese Bedingungen promiscuas nenne, weil deren Erfüllung doch durch einen Zufall vereitelt werden könne.

9) Es gehören hieher wieder die oben Note 98. u. Note 2. angeführten Stellen. — Vgl. Höpfner im Commentar §. 491. Note 8. Nr. 1. u. Bd. VII. dies. Comment. §. 546. S. 73 fg. — Uebrigens meint Höpfner mit Andern, daß heut zutage die Einsetzung des Notherben auch unter einer zufälligen Bedingung erfolgen dürfe, da hierin indirect eine Ausschließung liege, welche einer förmlichen Enterbung gleich stehe. (§. 491. Note 8. Nr. 2.) Es ist hier der Ort noch nicht, die Richtigkeit dieser Ansicht zu prüfen. Vorläufig möge hier dagegen erinnert werden, daß ja die strengen Ansichten der Römer über Enterbungen nicht blos dem formellen Rechte angehörten, sondern mit Begriffen zusammenhiengen, die auch dem heutigen Rechte nicht fremd sind; (s. die unten folgende Erörterung über Enterbung der Civilrechts-Notherben II. 2.). Mit der Prämisse, worauf Höpfner seine Ansicht stützt, dürfte denn auch wohl die Folgerung über den Haufen fallen. Vgl. auch Bd. XXXV. d. Comment. S. 331 fg.

10) L. 83. D. *de condit. et demonstrationibus*: „Lucius Titius ita testamentum fecit: *Aurelius natus ex illa muliere, si filium meum se esse judici probaverit, heres mihi esto.* Paulus respondit: filium, de quo quaeretur, non sub ea conditione institutum videri, quae

seyn oder nicht, ist nach den Umständen zu bestimmen[11]). Dieselbe Handlung kann für den einen als Potestativbedingung erscheinen, für den andern ist sie es nicht; sie kann für die nämliche Person nach Verschiedenheit der äußern Umstände und der Lebensverhältnisse bald eine willkührliche, bald eine durch Schwierigkeiten und Zufälligkeiten bedingte Handlung seyn. Dabei ist aber ein für die juristische Wirkung wichtiger Unterschied nicht zu übersehen. Entweder erhellt die Schwierigkeit und Zufälligkeit der Ausführung schon aus den zur Zeit der Verfügung sich zeigenden Umständen, oder es offenbart sich die

in potestate ejus esset, *et ideo testamentum nullius esse momenti.*

11) L. 4. §. 1. D. *de heredib. instit.* (Ulpianus Lib. IV. ad Sabinum.) „Puto recte generaliter definiri, utrum in potestate fuerit conditio, an non fuerit? *facti potius esse*", wie Haloander liest, oder nach der Florentinischen Lesart: *facti potestas est.* Die Haloandrinische Lesart, (welche sich auch in margine bei Russardus angemerkt findet) paßt besser in den grammatischen Zusammenhang, und entspricht zunächst dem deutschen Gedanken: „es kommt auf die Umstände an, das *facti potestas est* dagegen deutet noch bestimmter auf die Möglichkeit zu handeln hin. Sehr passend giebt Hunger in der deutschen Uebersetzung des Corp. jur. civil. (herausgegeb. von Otto, Bruno Schilling und Sintenis) dies so wieder: „Nach meiner Meinung bestimmt sich der Begriff ob eine Bedingung potestativ sey oder nicht, im Allgemeinen — — nach der Möglichkeit eine Handlung vorzunehmen. — Vgl. auch *Fr.* Connani comment. jur. civ. Lib. X. c. I. nr. 5. *Jac.* Cujacii comment. ad h. l. (opp. prior. ed. Par. T. I. p. 1117.). *Fr.* Balduini comment. de condit. cap. VI.; in Jurispr. Rom. a Att. c. praef. *J. G.* Heinecii T. I p. 341. — *Casp.* Manzius Fr. de test. valido vel invalido. (Aug. Vindelic. 1661.) Tit. VII. Qu. 5. nr. 8 sqq.

selbe erst später und namentlich nach dem Tode des Erblassers, also zu einer Zeit, wo abgesehen von den gegenwärtigen Hindernissen, die Erfüllung der testamentarischen Auflage geschehen mußte. In jenem Falle kann die Bedingung als eine potestative überall nicht betrachtet werden, der Testirer muß mithin den Sohn auf den entgegengesetzten Fall enterben. In dem zweiten Falle dagegen ist die Anordnung selbst zu Recht beständig, und die Bedingung gilt des Hindernisses wegen für erfüllt, so daß also die Erbschaft dem bedingt Berechtigten aus dem Testamente erworben wird. Es ist unmöglich, von den Bestimmungen des römischen Rechts über bedingte Einsetzung der Notherben eine sichere Anwendung zu machen, ohne jenen Unterschied praktisch zu berücksichtigen. Dennoch könnte es scheinen, als ob die Römer ihn nicht gekannt hätten. Ulpian nämlich, nachdem er in der (Note 11) angeführten Stelle bestimmt hat: es komme für den Begriff der Potestativbedingungen auf die Umstände (oder auf die Möglichkeit zu handeln) an, fährt also fort: potest enim et haec (conditio): *si Alexandriam pervenerit*, non esse in arbitrio per hiemis conditionem; potest et esse, si ei, qui a primo milliario Alexandriae agat, sit imposita; potest et haec: *si decem Titio dederit*, esse in difficili, si Titius peregrinetur longinquo itinere; propter quae ad generalem definitionem recurrendum est (s. den Eingang der Stelle). Halten wir uns zunächst hierbei nur an das letzte Beispiel. Die Auflage: si decem Titio dederit ist weder schwer zu erfüllen, noch ist die Erfüllung an und für sich durch Zufälligkeiten bedingt. Dennoch kann sie ohne die Schuld des Eingesetzten vereitelt werden; z. B. der Titius ist zu der Zeit,

wo die Erfüllung geschehen sollte, verschollen oder todt. Soll nun aber dieß auf den Begriff der Bedingung selbst einen Einfluß haben? Soll darum die Bedingung, welche bei ihrer Anordnung nur als eine potestative erscheinen konnte, aufhören dieß zu seyn, — soll mithin das Testament jetzt nur dann zu Recht bestehen, wenn der Notherbe auf den Fall der Nichterfüllung enterbt ist? In der That scheint Francke dieß anzunehmen. Weil eine scheinbar nur von der Willkühr des Erben abhängende Handlung durch zufällige Umstände leicht seiner Willkühr entzogen werden könne, sollen über die Frage: ob eine bedingte Einsetzung als giltig anzusehen sey, auch nur die bei dem Tode des Erblassers obwaltenden Umstände entscheiden. Und daher, meint er, möchte die Beifügung solcher Bedingungen niemals anzurathen seyn[12]. Aber wozu hier dem Willen des Testirers solche Fesseln anzulegen? Es kann ihm ja wünschenswerth seyn, daß der Erbe die Auflage erfülle, soferne es in seinen Kräften steht. Soll nun die Frage: ob die Bedingung als potestative giltig aufgelegt werden konnte? von dem zufälligen Umstande abhängen, ob ihre Erfüllung in concreto möglich war oder nicht, und es tritt ein solches Hinderniß ein, so entsteht hier folgendes Dilemma: entweder hat der Testirer für den Fall der Nichterfüllung eine Enterbung verfügt, oder nicht. Im erstern Falle ist der Notherbe ausgeschlossen, wenn er auch den guten Willen hatte zu erfüllen, im letztern dagegen besteht das Testament gar nicht, da ja jetzt die Bedingung nicht als eine potestative gelten kann; mithin tritt die reine Intestaterbfolge ein. — Beides liegt gewiß nicht in der Absicht des Testirers, und eben so wenig entspricht es den

12) Francke Notherbenrecht S. 49 fg.

Bestimmungen unserer Rechtsquellen. Denn eine schuldlose Behinderung der Erfüllung einer Bedingung, welche auf eine an sich willkührliche Handlung des Erben gerichtet war, soll bewirken, daß die Bedingung als erfüllt gilt: „non videtur enim defectus conditione, si parere conditioni non possit“[13]); es tritt hier also das Testament in Wirksamkeit. Und offenbar ist Francke mit sich selbst im Widerspruch, wenn er, nachdem er sich auf obige Art über die Potestativbedingungen geäussert, so fortfährt: „Weit entfernt aber mußten die römischen Juristen davon seyn, zu diesen hier erlaubten Bedingungen solche zu zählen, welche mit bedeutender Aufopferung für den Erben verbunden sind. — — — — Bei diesen erfordert vielmehr das römische Recht zur formellen Giltigkeit des Testaments die auf den Fall der Nichterfüllung beigefügte Exheredation.“ — War denn dies aber (nach seiner Theorie) nicht etwa auch bei den Bedingungen der Fall, welche nach den beim Tode des Erblassers obwaltenden Umständen nicht erfüllt werden konnten? Denn darnach soll es sich ja entscheiden (wie vorher ausdrücklich bemerkt wird), ob die bedingte Einsetzung als giltig anzusehen sey, oder nicht! Ich sehe nicht ein, wie Francke sich aus diesem Cirkel herauswinden will.

Allerdings hat es seine Richtigkeit, daß die Art, wie Ulpian sich in der oben angeführten Stelle über die Sache äussert, zu einer irrigen Ansicht leicht Veranlassung geben kann. So große Meister die römischen Juristen in der Construction und Entscheidung eines gegebenen Falles waren, so wenig waren abstracte Erörte-

13) L. 8. §. 7. in f. D. *de conditionibus institutionum.* (XXVIII. 7.)

rungen ihre starke Seite. Ulpian geht von der Frage aus: was eine Potestativbedingung sey? Seine allgemeine Antwort: es komme darauf an, ob die Erfüllung möglich sey, oder nicht, — umfaßt auch diejenigen Fälle, wo eine solche Möglichkeit an sich vorhanden war, aber nur durch besondere Umstände verhindert wird. Und gerade hierauf hauptsächlich gehen die von ihm dazu gegebenen Beispiele, zumal das letztere; das erste kann, nach Verschiedenheit der Umstände, bald auf den Begriff einer Potestativbedingung selbst von Einfluß seyn, bald nur eine zufällige Behinderung der Erfüllung bewirken. Daß aber in der That die Römer beides genau von einander unterschieden, ist dadurch außer allem Zweifel, daß selbst eine Unmöglichkeit der Erfüllung, wenn sie erst in der Folge eintritt, dem Testamente nicht schadet, wogegen auch nur eine bedeutende Schwierigkeit, wenn ihr Grund schon bei der testamentarischen Anordnung vorhanden war, Ungiltigkeit der Disposition bewirkt. Dies ergiebt sich insonderheit auch aus einem Rescript K. Alexanders Severs (aus dem Jahre 224), welches so lautet:

„Si pater filium, quem in potestate habebat, sub conditione, quae in ipsius potestate non erat, heredem scripsit, nec in defectum ejus exheredavit, jure testatus non videtur. Quum autem trans mare et longe te agentem sub hac conditione heredem esse scriptum dicas, si in patriam, quae in provincia Mauritaniae erat, regressus fuisses, *nec exheredatum te alleges, si in eum locum non rediisses*, manifestum est, multis casibus non voluntariis, sed fortuitis

evenire potuisse; ut eam implere non posses; et ideo adire hereditatem non prohiberis" [14]).

Bartolus (ad h. l.) sagt von dieser Stelle: „haec lex habet materiam, in qua; qui plus scit, plus dubitat." Dieß bezieht er auf den hier zur Anwendung kommenden Begriff der zufälligen und Potestativ-Bedingungen, worüber er selbst etwas höchst Unbedeutendes beibringt; den eigentlichen Inhalt der Stelle berührt er kaum. Dieser ist in der That auch gar keinen besondern Schwierigkeiten unterworfen, und wird von den Auslegern im Ganzen auf die nämliche Art verstanden [15]). — Der Vater hatte hier also seinen Sohn unter der Bedingung eingesetzt, wenn er aus der überseeischen Provinz Mauritanien ins Vaterland zurückkehren würde. Die Möglichkeit, eine weite Reise, zumal über See vorzunehmen, ist an sich schon von manchen Zufälligkeiten abhängig; sie ist überdieß mit Beschwerden verknüpft, die in der Regel wohl ohne Unbilligkeit Dem nicht zugemuthet werden können, dessen Recht ja im Grunde ein unbedingtes ist, und von dem die Erfüllung einer Bedingung nur verlangt wird, weil die Weigerung einen Mangel an gutem Willen und an Pietät gegen den Erblasser verrathen würde (s. übrigens unten Note 30). — Daß dies die Ansicht des Kaisers war, ergiebt sich deutlich genug aus der Fassung des Rescripts. Regel und Anwendung sind hier sehr bestimmt ausgedrückt, und daß der Kaiser nicht etwa sagen wollte: es sey die Bedin-

14) L. 4. C. *de instit. et substitutionibus.* (VI. 25.)

15) Vgl. die Accursische Glosse. *Hub.* Giphanii Explanatio difficiliorum legum Cod. ad h. l. (Colon. 1614. p. 43 sq.) Fein diss. cit. §. 23. u. 30. Forster l. l. P. p. 50 sq. not. 25. Francke a. a. O. S. 21.

gung an sich zwar eine potestative, allein wegen der mit der Erfüllung verbundenen Zufälligkeiten und Beschwerden dürfe sie nicht erfüllt werden, geht auch schon aus dem Umstande zur Genüge hervor, daß zur Giltigkeit des Testaments die Enterbung auf den Fall der Nichterfüllung verlangt wird [16]).

In dem Rescripte ist nun zwar der obige Gegensatz nicht bestimmt enthalten; aber es wird hier ein Fall vorgetragen, in welchem sich die Schwierigkeit der Erfüllung und deren Abhängigkeit von Zufälligkeiten aus den schon zur Zeit der testamentarischen Anordnung vorhandenen Umständen klar zu Tage legte. Darum soll die Bedingung nicht als eine potestative betrachtet, mithin die Einsetzung des Haussohnes daran nur gebunden werden können, wenn derselbe auf den entgegengesetzten Fall enterbt wird [17]). Ganz anders dagegen verhält es

16) Doch darf man nicht mit Francke a. a. O. S. 51. sagen „Auch eine Exheredation in contrarium eventum würde den Sohn nicht ausschließen, wenn die Bedingung der Einsetzung als erfüllt gelten könnte." Denn warum sollte der Vater die Einsetzung des Sohnes nicht von der wirklichen Erfüllung der Potestativbedingung abhängig machen dürfen, wenn er überhaupt ein Recht hat, ihn auszuschließen? Wohl aber ergiebt sich die Richtigkeit der obigen Interpretation daraus, daß der Kaiser den Rechtsbestand des Testaments selbst von der ausgesprochenen Enterbung abhängig macht.

17) Auch bei solchen Bedingungen, welche zum Theil vom Zufall oder, was juristisch einerlei ist, vom Willen eines Dritten abhängen, gilt bisweilen die ernstliche Absicht, zu erfüllen, der wirklichen Erfüllung gleich (z. B. L. 31 in f. D. de condit. et demonstrationibus. Von diesen Fällen selbst kann erst in dem Tit. VII. dieses Buchs gehandelt werden.) Aber der Einsetzung eines Haussohnes dürfen dergleichen Be-

sich, wenn nach den damaligen Umständen die Handlung als eine rein willkührliche des Erben erschien. Hier ist die darauf gerichtete Bedingung eine potestative, und sie ändert ihre anfängliche Natur auch dadurch nicht, daß ihre Erfüllung ohne die Schuld des eingesetzten Erben später gehindert wird, das Testament besteht aber jetzt, wie wenn die Bedingung erfüllt wäre. Ein Beispiel enthält die schon mehrmals angeführte L. 8. §. 7. C. *de conditionib. institutionum*: Wer unter der Bedingung eingesetzt ist, daß er seinen Sclaven manumittire, erhält die Erbschaft, auch wenn der Sclave bei dem Tode des Testirers bereits manumittirt oder gestorben ist.

Es ergiebt sich übrigens aus der bisherigen Entwickelung von selbst der Gesichtspunkt, aus welchem wir die in unsern Rechtsquellen vorkommenden Beispiele von Potestativbedingungen zu betrachten haben. Man darf nicht gleich an Inconsequenzen, Widersprüche oder Meinungs-Verschiedenheiten denken, wenn man dieselben Beispiele (z. B. die Auflage eine Reise zu unternehmen) bald als gestattet, bald als nicht gestattet bei der Einsetzung von Söhnen genannt findet. In jenem Falle ist als sich von selbst verstehend vorauszusetzen, daß die Umstände von der Art waren, daß der Testirer bei seiner Auflage an erhebliche Schwierigkeiten oder zufällige Einwirkungen nicht leicht denken konnte (z. E. „si eo, qui a primo milliario Alexandriae agat, conditio sit imposita," wie Ulpian L. 4. §. 1. D. *de heredib. instit.* sagt).

dingungen ohne die Cautel der Enterbung gar nicht hinzugefügt werden. Dieselbe Bedingung bewirkt also bald Nullität des Testaments, bald wird sie für erfüllt angenommen, je nachdem sie der Einsetzung eines Notherben oder eines Extraneus beigefügt ist.

Und eben so wenig darf ein besonderes Gewicht darauf gelegt werden, wenn einmal in doctrinellen Erörterungen, deren Zweck nicht eigentlich darauf gerichtet ist, den Begriff von Potestativbedingungen festzustellen, sondern nur die juristischen Folgen der Nichterfüllung zu zeigen, eine testamentarische Auflage als Potestativ-Bedingung erwähnt wird, die man dafür nicht hätte gelten lassen, wenn sie Gegenstand einer rechtlichen Entscheidung geworden wäre (s. unten Note 30).

Ist nun die Bedingung auf eine zu Recht beständige Weise angeordnet, so muß sie in der Regel erfüllt werden, sonst ist der Notherbe von der Erbschaft ausgeschlossen [18]; auch versteht sich, daß sie innerhalb der vom Testirer vorgeschriebenen Zeitfrist zu erfüllen ist [19]. Es treten im Nichterfüllungsfalle die etwanigen Miterben oder die Substituten an die Stelle des eingesetzten Erben, und wenn so wenig Miterben als Substituten ernannt sind, so kommt die Verlassenschaft an die Intestaterben, folglich, wenn das Wegfallen der Bedingung sich schon

18) Dem Erfolge nach ist also die Nichterfüllung einer Bedingung der Enterbung gleich, oder wie Foerster (l. l. p. 68. not. 56.) sagt: „institutio sub conditione, quae in potestate est, tacite exheredationem continet in eum casum, si conditio non impleatur.“ Darum aber darf man eine solche Einsetzung noch keine bedingte Enterbung nennen. S. unten II. 2.

19) L. 6. pr. D. *de heredib. instit.*: „Sed et si conditioni dies esset adjectus, utputa: *si Capitolium intra dies triginta ascenderit*, tantundem potest dici, ut, si non paruerit conditioni, substitutus possit admitti filio repulso; idque consequens est sententiae Juliani et nostrae.“ — Manzius de testam. valido vel invalido. Tit. VII. Quaest. V. Nr. 4.

beim Leben des eingesetzten Sohnes ereignet, an diesen selbst, welcher jedoch, falls die Erfüllung durch seine Schuld behindert wird, die Vermächtnisse zahlen muß (s. oben Note 5).

Was nun insonderheit

A) die Potestativbedingungen anbelangt, so muß abgewartet werden, ob der eingesetzte Erbe die Bedingung erfüllt oder nicht. Konnte die Erfüllung geschehen, sie ist aber unterblieben, so treten mit dem Augenblick, wo dieß feststeht, diejenigen an des Eingesetzten Stelle, welche beim Wegfallen der Bedingung die Nächstberechtigten sind, es mag sich dieß schon bei dem Leben des Ersteren, oder erst nach dessen Tode ergeben. In folgender Stelle (L. 4. pr. D. de her. inst.) handelt Ulpian von dem Falle, wo der eingesetzte Sohn Miterben hatte. Nachdem er im Eingange die Regel vorgetragen hat, daß der Haussohn unter einer Potestativbedingung eingesetzt werden könne, fährt er also fort: „Sed utrum ita demum institutio effectum habeat, si paruerit conditioni (filius), an et si non paruerit et decesserit? [20]) *Julianus* putat, filium sub ejusmodi conditione insti-

20) Der Sinn der Frage ist: Können die Miterben nur Erben werden, wenn der neben ihnen eingesetzte Sohn die Bedingung erfüllt, oder werden sie es auch, wenn er vor der Erfüllung stirbt? Man könnte nämlich sagen: da weder die Bedingung der Einsetzung eingetreten, noch eine Enterbung angeordnet ist, so fällt jetzt das Testament seinem ganzen Inhalte nach weg. Allein dieß wird mit Recht verworfen; der Sohn ist ausgeschlossen, weil er die Bedingung nicht erfüllte, und einer Enterbung bedurfte es hier nicht, da jeder Erbe giltig unter einer Potestativbedingung eingesetzt werden kann. *R. J.* Pothier Pandectae Justin. ad Tit. *de liberis et postumis* Nr. VI. T. II. p. 181, not. e.

tutum, etiamsi conditioni non paruerit, summotum esse [21]) et ideo si coheredem habeat ita institutus, non debere eum exspectare, donec conditioni pareat filius [22]), quum etsi patrem intestatum faceret non parendo conditioni, procul dubio exspectare de-

21) Bei der Accursischen Glosse (ad *h. l.* not. h.) findet sich statt etiamsi als Variante *si* angeführt, und bei Russardus ist das etiam durch das Zeichen ||etiam|| eingeschlossen, wodurch er anzeigen will, daß es nicht in allen Handschriften stehe. S. Phil. Friedr. Weis Etwas über die im Text der Pandekten vorkommenden Zeichen, namentlich die Russardische Note. Marb. 1793. 4. S. 16 fgg. §. 6—8. — Eine bei der Glosse (a. a. O.) vorkommende Erklärung, daß etiamsi auch die Bedeutung des einfachen si haben könne, ist völlig grundlos. Es bedarf aber auch weder einer Aenderung der Lesart, noch einer gekünstelten Interpretation. Es soll hier dem oben Note 20. erwähnten Zweifelsgrunde begegnet werden; auch das Nichteinteten der Bedingung, sagt Julian, begründet hier keine Ungiltigkeit des Testaments. — Ich bemerke noch, daß die auf der Rathsbibliothek zu Leipzig befindliche Handschrift ebenfalls etiamsi lies't. Ich werde diese Handschr. (deren unmittelbare Benutzung mir durch die Güte des dortigen Magistrats vergönnt ist) in der Folge als Cod. Lips. Senat. anführen. Es ist der bei Erklärung der L. 29. *h. t.* durch Cod. Lips. A. bezeichnete.

22) d. h., da das Testament immer aufrecht erhalten wird, es mag der Sohn die Bedingung erfüllen oder nicht, so kann der Miterbe sofort antreten (POTHIER l. l. not. f.); im ersten Falle behält er sein Erbtheil, im letzten bekommt er jure accrescendi das Ganze. Westphal von Testamenten u. s. w. §. 405. S. 301, welcher die Stelle ganz mißversteht, will in seiner leichtfertigen Weise das *non* wegwerfen, weil es eigentlich heißen solle: der Miterbe müsse die Sterbenszeit erst abwarten!

heret [23]. Quae sententia probabilis mihi videtur, ut sub ea conditione institutus, quae in arbitrio ejus sit, patrem intestatum non faciat." Der Grundsatz also, wonach alle hier einschlagenden Fragen zu entscheiden sind, ist: Wenn der unter einer Potestativbedingung eingesetzte Sohn Miterben hat, tritt nie Intestaterbfolge ein.

Nachdem nun Ulpian in dem §. 1. dieser Stelle sich über den Begriff der Potestativbedingungen geäußert hat, fährt er im §. 2. (welcher unmittelbar mit dem pr. in Verbindung zu setzen ist) also fort: „Sed etsi filio sub conditione, quae in ejus potestate est, herede instituto, nepos sit substitutus sive extraneus, puto vivo filio non extiturum heredem substitutum, post mortem vero extiturum." Es ist klar, daß Ulpian hierbei nur solche Bedingungen vor Augen hat, welche erst mit dem Tode des Eingesetzten wegfallen [24], unter dieser Voraussetzung hat es seine Richtigkeit, daß die Substituten erst nach dem Tode des eingesetzten zugelassen werden können, wogegen Miterben die Erbschaft sofort für ihren Antheil erwerben dürfen.

23) Der Sinn ist klar: Wenn das Wegfallen der Bedingung hier bewirken könnte, daß es zur Intestaterbfolge käme (will der Jurist sagen), so dürfte allerdings der Miterbe nicht sogleich antreten. S. Vivianus in casu ad *h. l.* und Pothier l. l. not. g. Schwierigkeit macht hier indessen das Wort *etsi*. Wenn man aber die Partikel et hier nicht für überflüssig halten will, so verdient die Haloandrische Lesart *etsi quum* (statt quum etsi) allen Beifall, da mittelst dieser bloßen Wortumstellung alle Schwierigkeit gehoben ist.

24) Finestres de liberis et postumis P. III. C. II. §. 9. (in Praelect. Cervariens. p. 78.)

Bei den meisten affirmativen, nicht an eine bestimmte Erfüllungszeit geknüpften Bedingungen wird es sich übrigens erst nach dem Tode des Eingesetzten ausweisen, daß sie nicht eingetreten seyen. Aber auch hier kommt noch ein Unterschied in Betracht. Ist nämlich die Bedingung von der Art, daß ihre Erfüllung unmöglich wurde, noch ehe der Tod des Eingesetzten erfolgte, so wird die Wirkung des Wegfalls auf die Zeit zurückgezogen, wo jene Unmöglichkeit eintrat; konnte sie aber auch noch im letzten Moment des Lebens erfüllt werden, so treten die mit ihrem Wegfallen verknüpften Wirkungen erst mit dem Tode des Eingesetzten ein [25]). Es ist z. B. die Bedingung auf Vornahme einer Reise gerichtet; diese wird schon mit dem Beginn der letzten Krankheit unmöglich, von jenem Augenblick an gilt also die Bedingung als weggefallen. Wäre dagegen die Zahlung einer Geldsumme zur Bedingung gemacht, so würde diese auch durch einen Stellvertreter geleistet werden können, mithin die Erfüllung bis zum letzten Lebensmoment des Eingesetzten möglich seyn. Angenommen nun, der Haussohn ist allein

25) Nachgewiesen werden kann es freilich erst nach dem Tode des Eingesetzten, wann die Bedingung weggefallen sey. Allein da der letzte Lebensmoment selbst noch dem Leben angehört, so kann man sagen, es habe der Eingesetzte das Wegfallen der Bedingung erlebt, wenn die Unmöglichkeit der Erfüllung eintritt, ehe der Sterbende seinen Geist aufgegeben hat. (Andere juristische Anwendungen des — bei den Alten freilich bestrittenen Grundsatzes: auch der letzte Augenblick gehört noch dem Leben an, finden sich z. B. L. 79. §. 1. D. *de condit. et demonstrationibus* (XXXV. 1.) und L. 4. §. 1. D. *Quando dies legatorum et fideicomm. cedat.* (XXXVI. 2.) — Vinnius ad §. 35. Inst. *de legatis.* *Jos.* Averanius Interpret. jur. Lib. IV. Cap. XXX.

eingesetzt, es kommt also beim Wegfallen der Bedingung zur Intestaterbfolge. Bekanntlich entscheidet über das Näherrecht zur Intestaterbfolge die Zeit der Delation [26]), also hier die des Wegfalls der Bedingung. Ist diese daher von der zuerst genannten Art, so ist nunmehr der eingesetzte Sohn selbst Intestaterbe geworden, da die Bedingung ja schon bei seinem Leben weggefallen war; bei Bedingungen der zweiten Art dagegen treten diejenigen als Intestaterben ein, welche beim Tode des eingesetzten Erben die Nächsten dazu sind. „Apud *Julianum* Lib. XXIX. D. *Marcellus* notat: Si ejusmodi sit conditio, sub qua filius heres institutus est, ut ultimo vitae ejus tempore certum sit, eam existere non posse, et pendente ea decedat, intestato patri heres erit, veluti: *si Alexandriam pervenerit, heres esto.* Quodsi etiam novissimo tempore impleri potest, veluti: *si decem Titio dederit, heres esto,* contra puto“ [27]).

26) L. 2. §. 5. u. 6. D. *de suis et legit.* (XXXVIII. 16.) §. 7. Inst. *de hereditat. quae ab intest. deferuntur.* §. 6. Inst. *de legit. agnator. tutela.* Glück Intestaterbfolge §. 20. S. 71 fg. d. 2ten Aufl.

27) L. 5. D. *de heredib. instit.* — Auf einen solchen Fall, wo die Möglichkeit der Erfüllung erst mit dem Tode des Eingesetzten wegfällt, deutet auch Africanus in der L. 16. D. *h. t.* am Schlusse hin, indessen nur vergleichungsweise („sicut evenire solet, quum sub ea conditione, quae in ipsius potestate erit, filius heres institutus prius, quam ei pareret, moriatur“); der von ihm behandelte Fall ist an sich ein ganz verschiedener. Ein Sohn wird eingesetzt, ein Enkel von ihm substituirt, jedoch ein zu erwartender Postumus ganz übergangen. Darum konnte der Sohn noch nicht Erbe werden. (L. 30. §. 1. u. 4. D. *de acquir.*

Denken wir uns also, der eingesetzte Sohn hätte seine eigenen Kinder im Testamente giltig ausgeschlossen, so würden in dem ersten Falle seine Testamentserben auch die Verlassenschaft seines Vaters erhalten; denn diese war ihm ipso jure ab intestato erworben [28]). In dem zweiten Falle dagegen würden die enterbten Kinder ihres Grossvaters Verlassenschaft als dessen nunmehrige nächste Intestaterben in Anspruch nehmen können.

Auf der nämlichen Grundlage beruht die Entscheidung des Falls, welchen Papinian in dem 13 Buche seiner Quästionen [29]) erörtert: „Si filius sub conditione heres erit, et nepotes ex eo substituantur, quum

vel *omittenda hereditate.*) Er stirbt, noch ehe sich die Sache entschieden hat; nun ist das Testament destituirt, es tritt also die Intestaterbfolge ein, und zwar erhält sein Sohn die Verlassenschaft seines Vaters und seines Grossvaters vollständig ab intestato, da jener kein Testament gemacht hat, der erwartete Postumus aber überall nicht erscheint — Diese äusserst schwierige und bestrittene Stelle gehört zu der Lehre von der Erbschaftserwerbung, wo sie auch (bei §. 1489.) erklärt werden wird. Inzwischen s. man das zahlreiche Verzeichniß der Ausleger bei Hommel in d. Corp. jur. civil. c. notis varior., bei Schulting u. Smallenburg notae ad Dig. T. V. p. 20., u. bei Westphal v. Testamenten u. s. w. §. 463.

28) L. 14. D. *de suis et legit.* (XXXVIII. 16.) L. 1. §. 7. D. *Si quis omissa causa testamenti* (XXIX. 4.). — Da in allen Fällen, wo Intestaterbfolge wegen Nichterfüllung der Potestativbedingung eintritt, vorausgesetzt wird, daß die Erfüllung hätte geschehen können, so ist hier stets eine Verbindlichkeit zur Vermächtnißzahlung vorhanden (L. 1. §. 8. D. *Si quis omissa causa testam.*), welche denn auch die Erben des eingesetzten Sohnes trifft. Foerster l. l. p. 52.

29) L. 28. D. *de condition. instit.* (XXVIII. 7.)

non sufficit, sub qualibet conditione filium heredem institui, sed ita demum testamentum ratum est, si conditio fuit in filii potestate, consideremus, num quid intersit, quae conditio fuerit adscripta, utrum quae moriente filio impleri non potuit, veluti: *si Alexandriam ierit filius, heres esto*; isque Romae decesserit [30]), an vero quae potuit etiam extremae vitae momento impleri, veluti: *si Titio decem dederit filius, heres esto?* quae conditio nomine filii per alium impleri potest. Nam superior quidem species conditionis admittit vivo filio nepotes ad hereditatem, qui, si neminem substitutum haberet, dum moritur, legitimus patri heres exstiterit. — — — Altera vero species conditionis vivo filio non admittit nepotes ad hereditatem, qui, si substituti non essent, intestato avo heredes existerent; neque enim filius videtur obstitisse; post cujus mortem patris testamentum destituitur, *quemadmodum si, exheredato eodem filio, nepotes, quum filius moreretur, heredes fuissent instituti.*" — Das Eigenthüm-

30) Daß Papinian die Bedingung einer Reise von Rom nach Alexandrien hier für eine potestative hält, geht aus dem ganzen Zusammenhange der Stelle hervor. M. s. aber, was über die Anführung solcher Beispiele oben S. 367. bemerkt wurde. Uebrigens ist es ja auch nicht die Entfernung allein, worauf es hier ankommt, um zu bestimmen, ob die auferlegte Handlung eine rein willkührliche sey oder nicht; es sind dabei insbesondere auch die Lebensverhältnisse und Gewohnheiten des eingesetzten Erben zu berücksichtigen. Niemand wird z. B. in der obigen Auflage eine besondere Beschwerde erblicken, wenn der Sohn ein Geschäft persönlich betreibt, welches an sich schon mit steten und weiten Seereisen verknüpft ist.

liche dieses Falles besteht darin, daß die Enkel des Erblassers dem unter einer Potestativbedingung eingesetzten Sohne substituirt waren. Papinian nun unterscheidet hier mit einer ihm sonst nicht gewöhnlichen Ausführlichkeit die beiden obigen Fälle: 1) es ist anzunehmen, die Bedingung sey schon beim Leben des eingesetzten Sohnes weggefallen. Dann sind auch die Enkel schon bei Lebzeiten ihres Vaters aus der testamentarischen Substitution Erben ihres Großvaters geworden; dabei bemerkt denn der Jurist, daß, wäre Niemand substituirt, für den eingesetzten Sohn selbst die Intestaterbfolge eingetreten seyn würde[31]. 2) Es hört die Möglichkeit zu erfüllen erst mit des Sohnes Tode auf. Dann treten erst jetzt die substituirten Enkel ein, aber auch ohne Substitution würden sie nunmehr ihren Großvater ab intestato beerben. Durch die am Schluß enthaltene Bemerkung sucht nun Papinian noch einen Zweifelsgrund aus dem Wege zu räumen, welcher gegen die Richtigkeit dieses Resultats erhoben werden könnte. Der Sinn seiner Argumentation ist: Vielleicht möchte man annehmen, der Sohn stehe in diesem zweiten Falle allemal dem Enkel im Wege. Denn, wenn er enterbt, die Enkel aber auf seinen Todesfall eingesetzt wären, so würde diese Einsetzung nicht zu Recht bestehen, da die auf den Todesfall gestellte Enterbung selbst ungiltig[32], mithin der Sohn noch bei seinem Leben Intestaterbe seines Vaters geworden ist. Allein die-

31) Bei diesem ganz ausgemachten Sinne der Stelle verdient übrigens wohl die Haloandrinische Lesart exsisteret vor der Florentinischen (exstiterit) aus grammatischen Gründen den Vorzug.

32) L. 13. §. 2. L. 29. §. 10. D. h. t. — S. oben S. 198. u. daselbst Note 37 — 39.

ser Fall ist von dem hier zur Frage stehenden durchaus verschieden, indem ja der Sohn nicht ungiltig enterbt, sondern giltig unter einer Bedingung eingesetzt ist; das Wegfallen dieser Bedingung hat denn nur die gewöhnlichen Wirkungen, d. h., da es erst mit dem Tode des Sohnes eingetreten ist, wird dieser dadurch nicht blos als Testaments-, sondern auch als Intestat-Erbe ausgeschlossen. — Unbegreiflich ist es, wie Cujacius diesen einfachen Sinn übersehen konnte. Er glaubt nämlich, daß Papinian sagen wolle: der Sohn stehe den Enkel nicht im Wege, da das Testament ungiltig werde, auf dieselbe Weise wie wenn er enterbt sey [33]); da aber hiernach die Stelle, so wie wir sie in der Compilation haben, mit dem Rechtssatz: post mortem suam filius frustra exheredabitur (Note 32) im Widerspruch stehen würde, so hält er sie für corrumpirt, und schlägt folgende Wiederherstellung vor: Quemadmodum si exheredato eodem filio, nepotes quum filius moreretur fuissent, et heredes instituti postea repudiassent [34]). Wie unnöthig aber diese gewaltsame Veränderung ist, geht wohl von selbst aus der obigen Erklärung hervor. Auch verschwindet alle und jede Schwierigkeit, wenn man mit Förster die Stelle auf folgende Art pa-

33) So wird auch in der deutschen Uebersetzung des Corp. jur. das quemadmodum wieder gegeben, was aber gewiß falsch ist. S. die Note 35.

34) *Jac.* Cujacius in Lib. XIII. Quaest. Papin. ad *h. l.*; opp. post. ed. Par. T. I, P. I, p. 354. (Cujacius denkt hierbei an den Fall, wovon §. 7. Inst. *de heredit. quae ab intestato*, u. L. 9. §. 2. D. *h. t.* handeln.) An Cujacius schließt sich auch hier wieder an: Pothier Pandectae Justin. Tit. *de lib. et postumis* Nr. VII. T. II. p. 181. not. r.

paraphrasirt: „und hierin kann ihnen (den Enkeln) der Sohn, nach dessen Tode das Testament erst destituirt, also die Intestatsuccession deferirt worden, nicht im Wege stehen, wie er allerdings ihnen im Wege stehen würde, wenn er selbst enterbt, die Enkel aber von dem Augenblick seines Sterbens an eingesetzt wären, indem in diesem Falle die Exheredation nichtig, und also der Sohn selbst schon bei seinen Lebzeiten ab intestato nichtig Erbe geworden wäre“[35].

Soviel über die Potestativbedingungen. Betrachten wir jetzt

B) den Fall, wenn der Testirer den Sohn unter einer ganz oder zum Theil zufälligen Bedingung eingesetzt und unter der entgegenstehenden enterbt, mithin an sich giltig verfügt hat. Hier sollte man denken, daß, wenn der Eingesetzte mit Tode abgeht während die Bedingung schwebt, derselbe nun jedenfalls von der Verlassenschaft ausgeschlossen sey, so daß also diejenigen an seine Stelle treten, welche durch Testament oder Gesetz nach ihm (oder auch wohl mit ihm) gerufen sind. Denn er ist ja auf gehörige Art eingesetzt, durch seinen Tod aber entschieden, daß die Bedingung seiner Einsetzung gar

35) Foerster l. l. P. I. §. 15. p. 65 sq. not. 51. — Eben so erklären auch *Barthol.* Chesius Interpret. jur. Lib. II. Cap. IX. Nr. 32. (Jurisprud. Rom. et Attica T. II. p. 390.) *Jos.* Averanius Interpret. jur. Lib. IV. Cap. XXX. Nr. 9. (welcher die Stelle kurz und deutlich so umschreibt: „Neque enim filius videtur obstitisse, *quemadmodum obstaret, si eodem filio exheredato*“ u. s. w.) *Jos.* Finestres de lib. et post. P. III. C. II. §. 7. et 8. Francke Notherbenr. S. 54. Note 19.

nicht eintreten werde[36]). Allein da die Enterbung ausdrücklich ausgesprochen ist, Enterbungen aber nicht begünstigt sind, so greift hier wieder der Grundsatz ein: post mortem suam filius exheredari non potest. Es muß sich also noch beim Leben des Sohnes offenbart haben, ob die Bedingung eintritt oder wegfällt; nur in diesem Falle ist er giltig enterbt. Stirbt er während des Schwebens der Bedingung, so wird nunmehr die Enterbung als gar nicht vorhanden angesehen, folglich ist noch im letzten Augenblicke seines Lebens für ihn die Intestaterbfolge eingetreten. Von einem solchen Falle handelt Tryphonin Lib. XX. Disput[37]):

„Filius a patre, cujus in potestate est, sub conditione, quae non est in ipsius potestate, heres institutus, et in defectum conditionis exheredatus, decessit, pendente etiam tunc conditione tam institutionis, quam exheredationis. Dixi: heredem eum ab intestato mortuum esse, quia dum vixit[38]), neque ex testamento heres, neque exheredatus fuit. Herede autem scripto ex parte filio, coheres post mortem filii institui potest.“

Ueber den ersten Theil der Stelle, dessen wesentlicher Inhalt in der vorstehenden Bemerkung enthalten ist,

36) L. 13. D. *quando dies legator. vel fideic. cedat.* (XXXVI. 2.) L. un. §. 7. C. *de cad. toll.* (VI. 51.)

37) L. 28. pr. D. *h. t.*

38) Die Flor. hat *vivit.* Die dem Sinn besser entsprechende Haloandrinische Lesart *vixit* findet sich in vielen ältern Ausgaben, und wird auch bei Russardus als Variante angeführt.

herrscht in der Hauptsache völliges Einverständniß unter den Auslegern [39]. Nur über einzelne Punkte streitet man. War hier der Sohn allein (als heres ex asse) eingesetzt, oder hatte er Miterben? Letzteres ist alsdann ausser Zweifel anzunehmen, wenn dem eingesetzten Sohne auch kein Substitut ernannt ist. Denn die Einsetzung besteht hier nur durch die in casum contrarium hinzugefügte Enterbung, diese aber setzt zu ihrem Rechtsbestande voraus, daß im Testamente Jemand eingesetzt ist, der den Enterbten ausschließen kann [40]. Hat nun in unserm Fall der Sohn keine Miterben, so mag immerhin die Bedingung auch bei seinem Leben wegfallen, er wird nichts destoweniger die Erbschaft ab intestato erhalten; die Enterbung wäre hier also eine durchaus wirkungslose Handlung. Ist indessen dem ex asse eingesetzten Sohne ein Substitut für den Fall ernannt, daß er nicht Erbe werden würde, so läßt sich, wie ich glaube, das Gegentheil behaupten. Denn die Regel, daß die Giltigkeit eines Testaments nicht erst mit der Substitution anfangen könne [41], leidet hier keine Anwendung, da der Sohn an sich giltig eingesetzt ist [42]; fällt die

39) S. z. B. Glossa ad *h. l.*, Bartolus super Infortiato ad *h. l. Detl.* Langebek in Leges aliquot perdifficil. annotatt. Cap. I. (Otto Thesaur. T. I. p. 543 sq. *Barthol.* Chesii Interpret. jur. Lib. II. Cap. IX. Nr. 25 sq. (Jurisprud. Rom. et Attica T. II. p. 387 sq.) *Jos.* Averann Interpret. jur. Lib. IV. Cap. XXIX. Nr. 7 sqq. *Jos.* Finestres de lib. et post. P. III. Cap. II. §. 16. 17.

40) L. 20. pr. D. *de B. P. contra tabb.* Finestres l. l. §. 3. und §. 18. — Vgl. unten Note 43 und Note 78.

41) L. 8. §. 5. D. *de B. P. contra tabb.*

42) arg. L. 14. §. 1. D. *h. t.* „Quod vulgo dicitur, eum

Bedingung, unter welcher er eingesetzt wurde, weg, so ist nun Jemand da, der ihn ausschließt. Nur also, wenn der Sohn stirbt, während die Sache noch in suspenso ist, werden Substituten, wie Miterben, ausgeschlossen, und eben so wenig treten jetzt die auf den Sohn folgenden Intestaterben ein. Dieser ist selber schon beim Leben seines Vaters dessen Intestaterbe geworden, „quia dum vixit, neque ex testamento heres, neque exheredatus fuit," wie Tryphonin sagt; d. h., da erst durch seinen Tod die Bedingung wegfällt, so war er während seines Lebens weder Testamentserbe noch für enterbt zu achten, nach seinem Tode aber kann die Enterbung nicht erst anfangen zu wirken [43].

Mehr Streit herrscht aber über denn Sinn des zwei-

gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere, non usque quaque verum esse ait; nam si primo gradu heres institutus sit filius, non debere eum a substitutis exheredari."

43) Zu weit dehnt indessen Bartolus diesen Grund aus, wenn er folgende Regel aufstellt: „Si exheredatio facta in conditionis defectum non potest confirmari aditione, testamentum est nullum, et filius patri ab intestato succedit"; (in der Summa ad h. l. und in Commentar. sup. Infort. ad h. l.) Die L. 20. pr. D. *de B. P. contra tabb.* sagt zwar, daß eine Enterbung ungiltig sey, wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht antrete; und dieß setzt denn von selbst ein Testament voraus, aus welchem die Antretung an sich möglich ist. Allein die Enterbung besteht nichts desto weniger, wenn der Exheredirte den Antritt der Erbschaft auch nicht erlebt; wird später erst das Testament destituirt, so kommt die Verlassenschaft an die auf den enterbten Sohn folgenden nächsten Intestaterben (s. die in d. Note 26. enthaltenen Quellencitate).

ten Theils unserer Stelle. („Herede autem scripto ex parte filio, coheres post mortem filii institui potest“). Die Glossatoren und überhaupt die meisten älteren Ausleger gehen von der Voraussetzung aus, es sey auch hier der Notherbe unter einer Bedingung eingesetzt; der Unterschied zwischen beiden Fällen bestehe also hauptsächlich darin, daß er in dem ersten auf das Ganze, in dem letzten aber nur auf einen Theil eingesetzt worden. Doch giebt es hier wieder zwei besondere Meinungen. Nach der einen ist neben dem unter einer Bedingung eingesetzten und in casum contrarium enterbten Sohne ein Dritter auf einen Theil pure, für den Fall aber, daß der Sohn die Bedingung nicht erleben würde, auf das Ganze eingesetzt. Diese Einsetzung soll, wenn der vorausgesetzte Fall eintritt, zu Recht bestehen, und zwar aus dem Grunde, weil der Miterbe doch schon Erbe geworden sey [44]). Nach der zweiten Meinung ist der Miterbe dem bedingt eingesetzten Sohn auf dessen Todesfall (versteht sich, wenn dieser pendente conditione eintritt) substituirt [45]). So viel Mühe sich die Anhänger dieser Meinungen zum Theil auch geben, um eine praktische Verschiedenheit derselben darzuthun, so sind sie doch im wesentlichen Resultate einig. Denn sie setzen beide voraus, daß der Sohn mit Tode abging, ehe noch die Bedingung eintrat; er war folglich gar nicht Erbe geworden, und der Miterbe konnte also den

44) S. besonders die Accursische Glosse und LANGEBEEK l. l. (bei OTTO T. I. S. 545 sq.)

45) Zu den Anhängern dieser Meinung gehörte vielleicht der Glossator Pillius, den Accursius auf jeden Fall höchst nachlässig excerpirt hat. Unter den spätern ist hier hauptsächlich zu nennen *A.* FABER Conjectur. jur. civ. Lib. III. Cap. XV.

wegfallenden Theil immer nur jure substitutionis erhalten. Der bedeutendste Unterschied zwischen diesen Meinungen besteht wohl darin, daß die Vertheidiger der zweiten den Text für corrumpirt halten, und die Schlußworte so lesen wollen: Coheres post mortem filii *substitui* potest. Beide Ansichten sind aber ihrer faktischen, wie ihrer juristischen Grundlage nach gewiß falsch. Bei beiden wird angenommen, daß in dem ersten Falle weder ein Miterbe, noch ein Substitut vorhanden war. Dann aber könnte ja die Enterbung überall nicht zu Recht bestehen. Und wenn das Testament überhaupt nicht gilt, sobald der unter einer zufälligen Bedingung eingesetzte Haussohn stirbt, während die Bedingung noch unentschieden ist, so ist doch in der That nicht abzusehen, wie nun darauf etwas ankommen soll, ob er allein, oder mit andern eingesetzt, — ob ihm Jemand substituirt würde oder nicht. Wird das Testament für ungiltig erklärt, weil die darin angeordnete Enterbung es ist, so fallen auch die in demselben verfügten Substitutionen und Ernennungen von Miterben von selbst weg. — Westphal, welcher nur diese beiden Meinungen kennt, aber keine billigt, verzweifelt an der Möglichkeit irgend einer Erklärung, indem er in die Worte ausbricht: „es ist ohnmöglich, einen schicklichen Sinn dieses Zusatzes zu finden“ 46). In der That muß auch ich bekennen, daß mir die Stelle keinesweges so leicht verständlich erscheint, wie sie einigen neueren Schriftstellern vorkommt. Eine bedeutende Schwierigkeit entsteht dadurch, daß die Worte: „herede autem scripto ex parte filio“ in ihrer jetzigen Verbindung mit dem Vorhergehenden auf einen Gegensatz von: *ex asse*

46) Westphal von Testamenten u. s. w. §. 411. S. 305.

instituto filio hinzudeuten scheinen. Ich möchte daher mit Hotman sagen: „hanc appendiculam ineptissime Tribonianus reliquit. Nam ad proximam disputationem non nisi casu quodam et, ut vulgo loquimur, ex incidenti pertinet [47]). Doch bin ich damit einverstanden, daß Tryphonin sagen wollte: wenn der Sohn unbedingt auf einen Theil eingesetzt ist, so kann auf seinen Todesfall der Miterbe desselben giltig zum Erben ernannt werden [48]). Dieß hat zwar keine Wirkung, wenn der Sohn selber seinen Erbtheil erwirbt, denn: „hereditas ex die vel ad diem non recte datur" [49]); wohl aber zeigt es sich in dem Falle wirksam, wenn der Sohn vor seinem Vater mit Tode abgeht. Höchst wahrscheinlich haben die Compilatoren hier einen Verbindungsatz ausgelassen, und der Ideengang Tryphonins in dieser ganzen Stelle möchte etwa folgender seyn: 1) Wenn Jemand seinen Sohn unter einer Bedingung einsetzt und auf den entgegengesetzten Fall enterbt, so muß der Sohn das Eintreten oder das Wegfallen der Bedingung erleben, sonst ist schon bei seinen Lebzeiten die Intestaterbfolge eingetreten, folglich auch sein Miterbe ausgeschlossen. 2) Dieß gilt nicht blos alsdann, wenn der Sohn den Vater überlebt und hierauf pendente conditione stirbt, sondern auch wenn er vor dem Vater stirbt, indem hier ebenfalls die Regel entgegen stehen würde: post mortem suam filius

47) *Fr.* Hotmani Scholae in LXX. Titt. Dig. et Cod. ad *h. l.* (opp. T. II. P. II. p. 145.)

48) S. Finestres l. l. §. 18. Forrster l. l. p. 56. not. 34. Francke Notherbenrecht S. 56.

49) L. 34. D. *de acquir. vel omitt. hereditate.* (XXIX. 2.)

frustra exheredabitur. 3) Wird indessen der Sohn pure neben einem Andern eingesetzt und dieser auf das Ganze für den Fall zum Erben ernannt, daß jener den Anfall der Erbschaft gar nicht erleben würde, so ist die Verfügung zu Recht beständig und wirksam.

Wie aber, wenn der Sohn unter einer nicht willkührlichen Bedingung eingesetzt, auch auf den entgegengesetzten Fall nicht enterbt ist, und nun die Bedingung eintritt? Daß ein solches Testament nach Civilrecht ungiltig ist, folglich der Sohn nicht aus der letztwilligen Verfügung, sondern ab intestato erbt, ist keinem Zweifel unterworfen, denn „quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere“ [50].

Von selbst versteht sich, daß unmögliche und unerlaubte Bedingungen auch der Einsetzung eines Notherben nicht hinzugefügt werden dürfen. Doch zeigt sich hierbei ein wichtiger Unterschied zwischen der Einsetzung von Notherben und von Fremden. Bei dieser bewirkt die Hinzufügung solcher Bedingungen keineswegs Nichtigkeit des Testaments, sondern die Bedingung wird nur als gar nicht vorhanden betrachtet (pro non scripta habetur) [51]. Anders verhält es sich, wenn Notherben auf diese Art eingesetzt werden, da in Ansehung dieser un-

50) L. 29. u. L. 201. D. *de Reg. Jur.* Die letztere Stelle enthält eine bestimmte Anwendung jener Regel auf das Recht der Testamente: „Omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio coeperint.“ — Foerster l. l. P. I. §. 10. p. 56 sq.

51) L. 14. D. *de conditionib. institut.* Höpfner u. Weber im Instit. Commentar §. 441. Note 3. Nr. 1.

mögliche oder unerlaubte Bedingungen nicht wirksamer seyn können, als zufällige. PAPINIANUS Lib. XVI. Quaest. „Filius, qui fuit in potestate, sub conditione scriptus heres, quam Senatus aut Princeps improbant, testamentum infirmat patris, *ac si conditio non esset in ejus potestate*" [52]). Dieser Grund hat zu der Meinung Veranlassung gegeben, daß die unter einer physisch oder juristisch unmöglichen Bedingung erfolgte Einsetzung des Sohnes alsdann zu Recht bestehe, wenn derselbe auf den entgegengesetzten Fall enterbt sey [53]). Allein das ist gewiß die Meinung der römischen Juristen nicht gewesen. Denn da jene Bedingungen bei Testamenten überhaupt rechtlich keine Bedeutung haben, so muß auch die auf den Fall ihrer Nichterfüllung ausgesprochene Enterbung unwirksam seyn. Was nicht erfüllt werden kann oder darf, das ist überall kein Gegenstand einer rechtlich bindenden Auflage; es würde daher in sich widersprechend seyn, dennoch davon irgend eine juristische Folge abhängig zu machen [54]).

Uebrigens galt diese Beschränkung, in Beziehung

52) CUJACIUS in Lib. XVI. Quaest. Papin. ad h. l. (opp. postum. ed. Par. T. I. P. I. p. 411 sq.) Id. ad *Pauli* Recept. Sentent. Lib. III. Tit. IV. B. §. 2. (in SCHULTINGII Jurispr. vetus antejustin. p. 345. not. 5.) — FOERSTER l. l. P. I. §. 9. p. 54.

53) FEIN Diss. cit. §. 28. — Cujacius, der hier auch wohl genannt zu werden pflegt, hebt zwar Papinians Grund, weshalb eine der Einsetzung eines Notherben hinzugefügte unerlaubte Bedingung dem Testamente schaden soll, sehr hervor, ohne indessen die im Text erwähnte Folgerung daran zu knüpfen.

54) Francke Notherbenr. S. 55.

auf die Einsetzung lebender Descendenten nur für Söhne. Da Töchter und Enkel auch präterirt werden konnten, ohne daß dieß dem Rechtsbestande des Testaments schadete, so durfte man sie auch unter einer zufälligen Bedingung einsetzen, ohne sie in contrarium eventum zu enterben. Diesen Gegensatz zwischen sui heredes überhaupt und zwischen Söhnen in der Gewalt hebt Ulpian sehr bestimmt hervor, wenn er in L. 4. pr. D. *de heredib. instit.* sagt: „suus quoque heres [55]) sub conditione heres potest institui. Sed excipiendus est filius [56]), quia non sub omnia conditione institui potest." Und auf ähnliche Art äussert er sich in der L. 1. §. 8. D. *de suis et legit. heredibus.* „Idem erit dicendum et si filius ex asse sub conditione, quae fuit in arbitrio ipsius, vel nepos sub omni [57]) institutus non impleta conditione decesserit."

55) Hierbei bemerkt Accursius: i. e. qui potest esse suus, ut nepos, pronepos, et deinceps. Indessen ist dies sicher nicht gemeint. Daß ein solcher Descendent, wenn er nicht etwa als nachrückender Postumus eingesetzt wurde, unter jeglicher Bedingung, wie ein Extraneus, eingesetzt werden konnte, verstand sich ganz von selbst.

56) Dazu bemerkt Contius in s. Ausg. des Corp. jur. civilis: „Quidam hic notant flagitium Triboniani, quia isto jure filia fuerit ejusdem juris, a quibus ego dissentio." Dieser Widerspruch ist auch gewiß sehr gegründet. Denn wodurch hätte Tribonian wohl zu dieser Aenderung bewogen werden sollen, da ja gerade in dem neuern Rechte der alte Unterschied zwischen Söhnen und Töchtern hinsichtlich des formellen Notherbenrechts aufgehoben wurde.

57) Haloander liest, statt omni, *conditione*, und zerstört dadurch fast ganz den bestimmten Gegensatz, den Ulpian so recht geflissentlich zwischen einer willkührlichen und

Welche Folgen hatte es nun aber, wenn die Bedingung nicht eintrat? Förster nimmt an, daß alsdann die Töchter und Enkel von der Verlassenschaft ausgeschlossen gewesen seyen [58], Francke dagegen meint, es habe in diesem Falle das jus accrescendi in partem statt gefunden [59]. Ich halte die letztere Meinung nicht für richtig. Wer unter einer Bedingung giltig eingesetzt ist, kann nicht für Präterirt gehalten werden, nur wegen Präterition aber trat jenes jus accrescendi ein [60]. Die Förstersche Ansicht ist also offenbar die consequentere. Doch darf man nicht vergessen, daß hier nur vom förmlichen Notherbenrecht die Rede ist, dessen Stelle bei Töchtern und Enkeln eben das jus accrescendi vertrat. Waren sie aber auch hiervon giltig ausgeschlossen, so konnte ja selbst nach dem Civilrecht [61]) das Testament noch mit der querela inofficiosi angefochten werden [62].

Was nun endlich die postumi sui anbelangt, so rumpirte deren Präterition stets das Testament, ohne daß hierbei auf einen Unterschied des Grades oder des

zwischen allen möglichen Bedingungen macht. Mit Recht erinnert dagegen Russardus (in s. Ausg. des Corp. jur.): „qui detraxerunt *omni*, non intellexerunt, se tollere discrimen observandum in filio et nepote instituendo.“— Cod. Lips. Senat. lies't *sub conditione omni*.

58) l. l. p. 83.

59) Notherbenrecht S. 61.

60) Ulp. Fragm. Tit. XXII. p. 17.

61) Das prätorische Recht hat über das förmelle Notherbenrecht noch eigentliche Bestimmungen, welche erst im folgenden §. erwähnt werden können.

62) Pr. Instit. *de inofficioso testamento.* — Vgl. oben S. 344. S. auch Bd. VII. des Comment. §. 551. S. 272.

Geschlechts etwas ankam[63]). Daraus folgt denn, daß sie ebenfalls nur unter einer Potestativbedingung eingesetzt werden konnten, sonst aber auf den entgegengesetzten Fall enterbt werden mußten. Da indessen ein Testament wegen Präterition eines Postumus nicht gleich Anfangs ungiltig ist, so bewirkt auch die Einsetzung des Postumus unter einer unzulässigen Bedingung an und für sich noch keine Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung, sondern es kommt hier Alles darauf an, in welcher Lage sich die Sache zu der Zeit befindet, wo der Postumus erscheint; ist alsdann die Bedingung eingetreten, so steht sie seinem Erwerbe nicht weiter im Wege, und es ist nun so gut, als wäre er unbedingt eingesetzt. „Cum postumus sub conditione instituitur, *si prius, quam nascatur, conditio extiterit*, non rumpitur testamentum postumi agnatione“ [64]). Ganz anders, wenn zur Zeit der Agnation des Postumus die Bedingung bereits weggefallen ist oder noch schwebt. Alsdann tritt das Recht eines präterirten Haussohnes vollständig für ihn ein, das Testament ist also null und nichtig. — Eine Bestätigung dieses, nach allgemeinen Grundsätzen sich schon von selbst verstehenden Rechts, enthält eine Stelle aus dem neunten Buche der Quästionen von Paulus, welche in der Compilation [65]) so lautet:

„*Postuma* sub conditione heres instituta; si *pendente conditione vivo patre nascatur*, rumpit testamentum.“

Aber warum ist hier nur von der postuma die Rede, — und tritt die Ruption etwa nicht auch in dem Falle ein,

63) S. oben S. 344 und 345. Nr. 1. u. 2.

64) L. 25. D. h. t.

65) L. 24. D. h. t.

wenn ein Postumus erst nach dem Leben seines Vaters erscheint? Eine eigenthümliche Ansicht hierüber hat Cujacius [66]. Daß das Recht der männlichen und der weiblichen Postumen völlig gleich sey, wenn die Geburt pendente conditione erfolge, und daß es hierbei auch keinen Unterschied mache, ob der Postumus vor oder nach dem Tode seines Ascendenten geboren werde, leugnet er nicht. Aber für den Fall, wenn zur Zeit der agnatio postumi die Bedingung bereits weggefallen war, habe ein Unterschied zwischen männlichen und weiblichen Postumen statt gefunden. Die ersteren hätten stets das Testament rumpirt, die letzteren aber in dem Falle nicht, wenn sie beim Leben des Testirers geboren seyen; denn, weil Töchter auch inter ceteros hätten enterbt werden können, so seyen sie alsdann auch für gehörig ausgeschlossen gehalten worden. Dabei habe denn Paulus bemerkt, ein Anderes finde statt, wenn die Postuma während des Schwebens der Bedingung erscheine; alsdann zerstöre sie das Testament auch beim Leben des Vaters; und dies sey allein von Tribonian aufgenommen, da das Uebrige zu dem Recht seiner Zeit nicht mehr gepaßt habe. — Diese Erklärung geht von den willkührlichsten Voraussetzungen aus, und stützt sich zudem auf eine ganz falsche Ansicht von der exheredatio inter ceteros, welche man nicht als eine stillschweigende, sondern als eine ausdrückliche nur allgemein gehaltene Willenserklärung ansehen muß [67]. Auch ist die ganze Darstellung bei Cujacius so dunkel und schwerfällig,

66) Cujacius Comment. in Libr. IX. Quaest. Pauli (opp. postum. T. II. p. 1114.)

67) Vgl. oben S. 306.

daß er wohl nicht mit seiner Ansicht im Reinen war [68]). Daß die Compilatoren hier etwas weggelassen haben, ist wohl ausser Zweifel. Wahrscheinlich sprach Paulus den in der Stelle enthaltenen Rechtssatz ganz allgemein aus, und bemerkte dabei, daß auch eine Postuma, selbst wenn sie beim Leben des Vaters geboren werde, das Testament zerstöre. Ein Zweifelsgrund war hier wohl, daß eine lebende Tochter auch präterirt werden durfte, mithin das Stillschweigen des Vaters zu einer Zeit, wo die Tochter schon geboren war, einer Präterition gleichzuachten sey. Da nun dieß Recht wenigstens seit dem Jahre 531 [69]) nicht mehr galt, so konnte Tribonian dadurch leicht veranlaßt werden, sich hier eine kleine Veränderung zu gestatten. Ursprünglich lautete der Satz wohl so: postuma sub conditione heres instituta, *et si* pendente conditione vivo patre nascatur, rumpit testamentum. Durch das Weglassen des et vor si erhielt man allerdings einen brauchbaren Rechtssatz, der aber in seiner jetzigen Fassung freilich leicht zu einem falschen argumentum a contrario führen, — mithin die unrichtige Meinung veranlassen konnte, daß die Tochter ein solches Testament nicht rumpire, wenn sie erst nach dem Tode ihres Vaters geboren werde. Dieß übersahen die Compilatoren hier, wie sie bei ihren flüchtigen Aenderungen Aehnliches auch sonst häufig übersehen haben [70]).

68) In seinen Observationen trägt er eine etwas abweichende Ansicht, aber wo möglich noch verworrener vor. Genug, er hätte hier mit dem ehrlichen Hotman zu den Worten *vivo patre* sagen können: „hoc quorsum additum sit, non intelligo" (Scholae in LXX. Titt. D. opp. T. II. P. II. p. 140.).

69) L. 4. Cod. *de lib. praeteritis.*

70) Anders erklärt *Jo.* Altamiranus ad Lib. VI. Quaest.

Was

II) das Recht der Enterbung anbetrifft[71]), so war ausser Zweifel im älteren Recht auch die Enterbung an einen bestimmten Ausdruck und an eine bestimmte Formel geknüpft. Noch zur Zeit der juristischen Klassiker war die Formel üblich: exheres sit, oder esto, oder erit[72]);

Scaevolae Tractatus VI. §. 9. (in Meermani Thesaur. T. II. p. 469.). Er bringt unsere Stelle mit der Vorschrift in Verbindung, daß ein vom ersten Grade präterirter, vom zweiten gehörig enterbter Postumus das Testament rumpire, wann er erscheint, ehe der erste Grad weggefallen ist. (S. meine Doctr. Pand. Vol. III. §. 682. Nr. 3.) Diese Erklärung ist verständiger, als die von Cujacius, aber viel zu gesucht, und immer bleibt es auch hierbei noch im Dunkel, weshalb Paulus nur von der Postuma spricht. Leichter hilft sich *Ant.* Faber (Conjectur. Lib. IX. Cap. V. in f.), indem er das *vivo patre* für einen Tribonianismus hält. Aber auch hier muß man wieder fragen: welchen Grund könnte Tribonian zu dieser Aenderung gehabt haben, da der Satz gerade in seiner Allgemeinheit zu dem Recht der neuesten Zeit am beßten paßte. — Selbst der gründliche Förster begnügt sich übrigens mit der Bemerkung: „Caeterum, quod Paulus dicit: *posthumam sub conditione heredem institutam, si pendente conditione vivo patre nascatur, rumpere testamentum*, certe falsissime ita interpretareris, quasi tunc, si mortuo patre pendente conditione nasceretur, contra observaretur." (l. l. P. I. §. 43. p. 121. sq. not. 46.)

71) Es folgen hier Nachträge zu den früheren Erörterungen von Glück Bd. VII. des Commentars §. 451. S. 197 — 204. u. S. 266 — 286.

72) Gaji Inst. II. §. 127. (§. 1. Inst. *de exheredatione liberorum.*) L. 2. L. 3. §. 2. u. 5. L. 13. §. 2. L. 14. §. 2. L. 15. 17. 19. D. *h. t.* u. a. Stellen. — S. auch Brissonius de formulis solennibus populi rom. Lib. VII. Cap. XXXI.

selbst für die exheredatio inter ceteros [73]). Daß es nun nach dem neuesten Recht auf den Ausdruck selbst nicht mehr ankommt, ist gewiß: „Si quis filium ita exheredaverit: *ille filius meus alienus meae substantiae fiat*, talis filius ex hujus modi verborum conceptione non praeteritus, sed exheredatus intelligitur. Quum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nunquam tantum valeat, ut melior sensu existat" [74]). Indessen hat man die Anwendung davon hier wie bei der Erbeinsetzung [75]) übertrieben; man hat vergessen, daß Enterbungen nicht begünstigt sind [76]), daß also bloße Wahrscheinlichkeits-Schlüsse hier nicht gelten können, vielmehr die Absicht, den Notherben ausschließen zu wollen, mit unzweifelhafter Gewißheit feststehen muß. Als Enterbung kann es daher wohl angesehen werden, wenn der Testirer sagt: meinen Sohn übergehe ich, oder: ich hinterlasse ihm nichts, oder: ich habe ihn mit Fleiß nicht bedacht; denn in allen diesen Fällen kann die Absicht, den Sohn ausschließen zu wollen, nicht zweifelhaft seyn. Dagegen ist es nicht, wie Glück meint [77]), für eine Enterbung zu halten, wenn der Testirer sich etwa so ausdrückt: meinen Sohn sehe ich für tod an, ich mag an

73) L. 25. pr. D. *h. t.* Theophilus ad Pr. Inst. *de exheredat. liberor.* gegen das Ende.

74) L. 3. Cod. *de liberis praeteritis.* (VI. 28.)

75) S. Bd. XXXV. d. Comment. §. 1421. d. S. 321. Note 46.

76) L. 19. in f. D. *h. t.* — — „Scaevola respondit: — aliam causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non esse adjuvandas."

77) Bd. VII. d. Comment. S. 200.

ihn nicht denken. Immer liegt hierin keine solche Erklärung, wodurch aller und jeder Zweifel über die wahre Absicht des Testirers ausgeschlossen würde, und dieß allein muß nach der oben angeführten Rechtsregel genügen, um das Daseyn einer Enterbung in diesem Falle nicht anzunehmen.

Ausser einer bestimmten Willenserklärung nun ist die Enterbung noch an folgende Bedingungen geknüpft

1) sie muß in einem solennen Testament, — d. h. sie darf nicht in einem Codicille geschehen [78]; von selbst versteht sich daher auch, daß in dem Testament ein Erbe ernannt seyn muß, indem dieß ja mit dem Begriff eines solennen und vollständigen Testaments aufs genaueste zusammenhängt [79]. Es kann sogar Jemand in dem nämlichen Testamente enterbt und zum Erben ernannt seyn; Beides zusammen kann natürlich nicht in Wirksamkeit treten, sondern das Eine muß das Andere nothwendig ausschließen. Damit aber die Enterbung in einem solchen Falle überhaupt wirksam werden könne, ist erfor-

78) §. 2. *Inst. de Codicillis*. (Vgl. oben Note 86. zu S. 351. L. 2. *Cod. de Codicillis*. (VI. 36.) L. 14. C. *de testamentis* (VI. 23.). — Daß unter solennen Testamenten hier alle und jede verstanden werden, worin die Einsetzung eines sog. directen Erben giltig angeordnet werden kann, also auch die öffentlichen und die privilegirten Testamente, versteht sich von selbst. Einzelne Streitfragen in dieser Beziehung (z. B. ob in einem testamentum privilegiatum parentum inter liberos Enterbungen verfügt werden dürfen) sind an ihrem Orte abzuhandeln.

79) L. 1. pr. D. *de heredib. instituendis*. — Noch nähere Belege zu dem in dem Texte vorgetragenen Satz enthalten oben die Noten 40. u. 43. zu S. 379 und 380.

derlich, daß der Notherbe unter einer Bedingung eingesetzt, oder in casum contrarium enterbt sey; und auch alsdann muß er entweder einen Miterben oder einen Substituten haben [80]. Wird der Notherbe unbedingt eingesetzt und in dem nämlichen Testamente auch wieder enterbt, so bleibt die Enterbung ganz unbeachtet, die Einsetzung dagegen giltig.

L. 21. D. *h. t.* „*Pomponius Lib. II. ad Quintum Mucium:* „Si filium nominatim exheredavero et eum postea heredem instituero, heres erit."

Wie aber, wenn zuerst die Einsetzung und dann die Enterbung ausgesprochen ist? Für diesen Fall behauptet Finestres das Gegentheil, also die Enterbung soll alsdann bestehen, die Einsetzung aber als nicht vorhanden angesehen werden [81]. Seine Gründe sind, erstlich, daß Pomponius ausdrücklich bestimmt, wenn zuerst die Enterbung und dann die Einsetzung erfolge, so solle der Sohn Erbe werden. Hier komme also nur die Regel zur Anwendung: posteriorem scripturam priori esse potiorem, und unterstützt wird dieß Argument noch dadurch, daß die aus dem nämlichen Buche des Pomponius ad Qu. Mucium entlehnte L. 67. D. de hered. instit. jene Regel ausdrücklich aufstellt und nur auf einen andern Fall anwende: „Si ita scriptum fuerit: *Tithasus si in Capitolium ascenderit, heres esto; Tithasus heres esto;* secunda scriptura potior erit: plenior est enim quam prior." Indessen kann man sich dagegen

80) S. hierüber die unter der vorstehenden Num. I. B. S. 377 fgg. enthaltene Ausführung.

81) *Jos.* Finestres de liber. et postumis. P. IV. Cap. II. §. 3 — 5. (Praelect. Cervariens. p. 100 sq.)

wieder auf eine andere Stelle von Pomponius berufen, wonach die in demselben Testament erfolgte unbedingte Einsetzung durch eine folgende bedingte nicht aufgehoben werden soll, und zwar aus dem Grunde: quia satis plena prior institutio fuisset[82]. Also: die voll-

82) L. 27. §. 1. D. *de heredib. instit.* „Sed si te heredem instituero, et deinde eundem te sub conditione instituam, nihil valere sequentem institutionem, quia satis plena prior fuisset." — Anders verhält es sich bei Vermächtnissen, indem hier stets die letzte Verfügung entscheiden soll; L. 89. D. *de condit. et demonstrationibus.* Den Grund dieser Verschiedenheit setzt *Barth.* Chesius (Dissent. jur. Cap. XXXVII. Nr. VII. u. VIII. in Heineccii Jurispr. Rom. et Attica T. II. p. 732 sq.) ganz richtig darin, daß Erbeinsetzungen nicht durch eine Erklärung in dem nämlichen Testamente wieder aufgehoben werden dürfen, worin sie angeordnet sind. Eben so *Grég.* Majansius Comment. ad XXX. Jctor. Fragmenta T. I. p. 246 sq. Dagegen will *Jo.* Voet (in Comment. ad Tit. Pand. *de conditionibus institutionum.* §. 2.) eine Verschiedenheit zwischen Vermächtnissen und Erbeinsetzungen hier überall nicht anerkennen. Er glaubt nämlich, daß bei diesen wie bei jenen es allemal auf die letzte Verfügung ankomme, und interpretirt die L. 27. §. 1. cit. in folgender Art: die zweite Einsetzung, an sich betrachtet, sey überflüssig, sie bestehe aber jetzt nur als eine bedingte. Allein die Bedingung einer Erbeinsetzung ist mit dieser selbst so unzertrennlich verbunden, daß, wenn der Testirer eine Bedingung hinzufügen will, es aber unterläßt, die Einsetzung nun gar nicht besteht (L. 9. §. 5. D. *de heredib. instit.*); eine solche Einsetzung erhält also gerade durch die Bedingung erst ihr Daseyn und ihre ganze rechtliche Bedeutung. Und wie konnte Pomponius, wenn er wirklich die Meinung hatte, welche Voet ihm unterschiebt, alsdann wohl sagen: nihil *valere* sequentem institutionem! —

ständigere, die unbeschränktere Einsetzung soll hier vorgezogen werden [83]. Und dieß war denn auch wohl der Grund, weshalb Pomponius in der L. 21. D. *h. t.* beim Zusammentreffen der Einsetzung und der Enterbung die erste für giltig erklärte, so daß denn seine Entscheidung wieder mit dem Grundsatze zusammenhängt: exheredationes non esse adjuvandas. Es wird dieß um so wahrscheinlicher, als man diesen Grundsatz ebenfalls auf die Auctorität des Qu. Mucius Scävola stützte (Note 75), und auch durch die Aufeinanderfolge der Fragmente in der Compilation der hier zur Frage stehende Satz des Pomponius fast als unmittelbare Anwendung davon erscheint. Gewiß ist es daher nur zufällig, daß der Jurist hier den Fall so stellt, und ohnehin kommt ja nichts darauf an, ob die Einsetzung oder ob die Enterbung im Testamente voransteht [84]. — Zweitens beruft Finestres sich auf Pandecten-Stellen, welche seiner Meinung nach sagen, daß durch das nämliche Testament Jemand zum Erben eingesetzt, und auch von

Auch ist ja die Erbeinsetzung in ähnlicher Art vor den bloßen Vermächtnissen begünstigt, wenn mehrere Bedingungen bei einer und derselben Verfügung angeordnet sind. Eine braucht nur erfüllt zu werden, aber bei Erbeinsetzungen ist es ganz gleichgiltig welche (L. 27. §. 2. D. *de heredib. instit.*), bei Vermächtnissen dagegen muß die letztere erfüllt werden; L. 87. u. L. 90. D. *de condit. et demonstrat.* (XXXV. 1.)

83) Haloander (und eben so Beck) liest in der L. 27. §. 1. D. *de heredib. instit.* statt *plena*: *plana* (quia satis *plana* institutio fuisset). Doch an Deutlichkeit fehlt es auch der bedingten Erbeseinsetzung nicht, und daß dieß hier nicht gemeint sey, ergiebt sich auch aus der L. 67. *eod.*, wo doch auch Haloander liest *plenior* est.

84) L. 1. pr. D. *de heredib. instit.*

der Erbschaft wieder ausgeschlossen werden könne. Die erste Stelle ist die L. 1. §. 4. D. *de his, quae in testamento delentur, inducuntur, vel inscribuntur* (XXVIII. 4.): „et hereditatis portio ademta, vel tota hereditas, si forte sit substitutus, jure facta videbitur [85]); non quasi ademta, quoniam hereditas semel data adimi facile non potest, sed quasi non data.“ — Finestres versteht diese Stelle so; daß

85) Der Haloandrische Text enthält hier wieder (wie leider häufig, — was man der grossen Verdienste Haloanders unbeschadet denn doch nicht übersehen darf) — eine blosse Interpretation. Er liest nämlich: „Et cum hereditatis portio adempta est, vel tota hereditas, (si forte sit substitutus), ademptio jure facta videbitur.“ — Noch gewaltsamer verfährt *A.* Faber Conjectur. Lib. XVIII. Cap. XVI. in f. Er streicht die Worte: „si forte sit substitutus“ und: „facta (bei jure) weg, und ausserdem zieht er noch die Worte des §. 3. (von: Etsi quidem illud u. s. w.) zu unserer Stelle, blos um einen bessern periodischen Zusammenhang in das Ganze zu bringen. Andere kritische Versuche hinsichtlich der Textesworte, wozu diese Note gehört, s. bei Schultino u. Smallenburg Notae ad Digesta T. V. p. 39. Indessen bedarf es hier der kritischen Hülfe überall nicht. Denn wenn gleich die Redensart: „hereditatis portio *ademta jure facta* videbitur“ den Regeln einer guten Latinität keineswegs entspricht, so darf man doch nicht vergessen, daß die Sprache sich zu der Zeit, in welcher Ulpian schrieb, schon stark dem Verfall zuneigte; ja selbst schon bei Julianus finden wir eine ähnliche Redeform, nämlich L. 3. §. 6. D. *de Collationibus* (XXXVII. 6.), wo er von einem filius emancipatus factus spricht. Justinian gestattete sich freilich dergleichen Zierrathen viel unbedenklicher. M. s. L. 24. Cod. *de Legatis* (VI. 37.) (— „*filio — exheredato facto*“) s. *Jo. van de* Water Observat. jur. rom. Lib. III. Cap. 11. p. 252 sq.

wenigstens in dem Falle, wenn ein Substitut da ist, die Aufrufung der Einsetzung in dem nämlichen Testamente geschehen könne. Wir wollen sehen, ob sich diese Ansicht rechtfertigen läßt. Das Pandecten-Fragment, von welchem unsere Stelle einen Theil bildet, gehört zu den schwierigeren; vermuthlich gestatteten sich die Compilatoren dabei manche Auslassungen, wodurch dem Ganzen Licht und Zusammenhang entzogen wurde. Auch greift hier die verhältnißmäßig noch wenig gekannte Lehre von den Indignitäts-Fällen ein. So ist namentlich noch keinesweges genügend aufgeklärt, wie sich das Recht des Aerarium oder des Fiskus zu dem der Miterben oder Substituten des Indignus verhalte. Gewöhnlich nimmt man als ausgemacht an: die Durchstreichung des Namens in dem Testamente habe ohne Weiterers eine Indignitäts-Erklärung begründet, in Folge deren der Erbtheil des Indignus mit Ausschließung der Miterben und Substituten an den Fiskus gekommen sey. Cujacius trägt daher kein Bedenken die Worte der L. 2. D. *de his quae in testamento delentur*: „Sed si instituti nomen induxit, et substituti reliquit, *institutus emolumentum hereditatis non habebit*" — in der Art zu ändern, daß er in dem letzten Satze statt institutus lies't: *substitutus*[86]), und Andere haben ihm hierin beigestimmt[87]). Diese Begriffe nun übertrug man auch wohl auf unsere Stelle, was denn zu den wunderlichsten

86) Cujacius in Comment. ad L. 2. D. de his quae in test. delentur; opp. prior. ed. Par. T. I. p. 1115.

87) z. B. *A.* Faber Conjectur. Lib. XVIII. Cap. XVI. *v. de* Water l. l. p. 251. *Jo.* Voet ad Tit. Dig. *de his quae in test. del.* §. 3. *R. J.* Pothier Pand. Justin. ad eund. Tit. Nr. 4. T. II. p. 195. not. a.

Auslegungen Veranlassung gab [88]). Indessen läßt sich gegen die Richtigkeit der Ansicht, daß der Fiskus das Recht der Miterben und Substituten ausgeschlossen habe, mancher wohl nicht ungegründete Zweifel erheben. Die dafür angeführten Stellen sagen dieß keineswegs bestimmt. Soferne nach denselben der Fiskus in das Recht des Indignus eintritt, wird stets von der Vertilgung der Namen sämmtlicher Erben, oder auch von einem heres ex asse gesprochen; ist aber von Miterben die Rede, so heißt es in Ansehung des Rechts der Uebrigen nur: die Indignität des Wegfallenden solle ihnen nicht schaden, was ja doch nicht gerade nur so verstanden werden darf, als ob sie ausser ihrem Erbtheile nichts weiter fodern dürften [89]). Lassen wir dieß aber auch auf sich beruhen, so ist ja erstlich in der L. 1. D. *de*

88) *Barth.* Chesius, welcher sonst die Frage, mit deren Erörterung wir es hier zu thun haben, im Allgemeinen richtig beantwortet, versteht die Worte *si forte sit substitutus*, so: dem Substituten könne zwar die Erbschaft in demselben Testamente wieder genommen werden, nicht aber dem Instituten (Interpretat. jur. Lib. I. Cap. XVII. Nr. XVII. sqq., in Heineccii Jurisprud. Rom. et Attica T. II. p. 111 sq.) Diese schlechte Erklärung machte es dann freilich dem Finestres leicht ihn zu widerlegen. — A. Faber will eben aus dem im Text angeführten Grunde die bedenklichen Worte tilgen (s. Note 85.). *Van de* Water aber (l. l. p. 250.) versteht die Stelle gar von einem Falle, wo der Testirer den anfänglich instituirten Erben in einen Substituten verwandelte, und will daher gelesen wissen: *si forte institutus sit substitutus!*

89) Vgl. L. 2. u. 3. D. *de his quae in testamento delentur.* L. 17. in f. L. 16. §. 2. D. *de his quae ut indignis auferuntur.*

his quae in testamento delentur nicht blos von der inductio nominum die Rede, sondern auch von andern Fällen, in welchen eine testamentarische Verfügung nicht wirksam wird, so namentlich von dem Falle, wenn etwas wieder getilgt wird, noch ehe das Testament ganz zu Stande gebracht war [90]; nach der richtigen Bemerkung des Bartolus aber bezieht sich der §. 4. auf den ganzen vorausgehenden Inhalt der L. 1. cit. [91]). Gesetzt aber auch zweitens, es hätte Ulpian hier an eine inductio nominum, und zwar nach vollendetem Testamente, gedacht, so ist doch gewiß die Annahme nicht richtig, daß eine solche Handlung jedesmal Indignität nach sich gezogen habe; die scheinbar allgemein sprechenden Stellen müssen hier, wie ja so oft bei der Interpretation unserer Quellen, nach den besonderen Bestimmungen beschränkt werden. An mehr als einer Stelle aber wird gesagt, daß bei Vernichtung eines Testaments oder bei einer Durchstreichung der Namen, auf die Absicht des Testirers gesehen werden müsse, und daß nicht der Fiskus, sondern die Intestaterben einträten, wenn die Meinung des Testirers nicht gewesen sey, den ernannten Erben für einen indignus zu erklären [92]); warum man

90) L. 1. §. 4. D. *de his quae in test. del.* — Auf diesen Fall will Cujacius l. l. (s. d. Note 86.) den §. 4. vorzugsweise beziehen. — Eben so *Gr.* Majansius Disput. jur. Nr. XXII. §. 5. p. 475 sq.

91) Bartoli Summa ad *h. l.* „Iste versiculus refertur ad totum dictum."

92) L. 4. in f. D. *de his quae in test. del.* L. 1. §. 8. D. *si tabulae testamenti nullae extabunt* (XXXVIII. 6.) L. 30. Cod. *de testamentis* (VI. 23.) Vgl. auch *Jo.* Voet ad Tit. Dig. *de his quae in test. del.* §. 3.

dieß aber auf das Recht der Intestaterben einschränken und nicht auch auf Miterben und Substituten beziehen will, ist doch in der That nicht abzusehen. — Dieß nun vorausgesetzt kann die Interpretation der Stelle keinen großen Schwierigkeiten unterliegen; doch ist hierbei zu berücksichtigen, was über den Mangel an gehöriger Verbindung der Sätze, woran freilich das ganze Fragment leidet, oben bemerkt wurde. — Wenn der Name eines Erben vernichtet ist (will Ulpian sagen), so fallen deßhalb die übrigen, auf direkte Erbeinsetzung sich beziehenden Verfügungen noch nicht weg. Also: hatte er Miterben, so ist die Einsetzung nur zu einem Theile vernichtet; war er heres ex asse und hatte einen Substituten, so fällt sein ganzes Recht weg, die Substitution aber bleibt möglicher Weise bei Kräften. Genug, die Aufhebung selbst ist giltig, und zwar nicht etwa, als wäre in demselben Testamente Jemand eingesetzt und auch wieder ausgeschlossen, sondern als wäre die ihn betreffende Anordnung darin gar nicht enthalten. Denn es ist ja die bloße Vernichtung einer Verfügung noch verschieden von einer in dem nämlichen Testamente ausgesprochenen, das directe Gegentheil enthaltenden Erklärung. Was sich überall nicht mehr im Testamente findet, das kann auch nicht als in demselben angeordnet betrachtet werden. Stehen aber in dem Testamente zwei Verfügungen, von denen die eine etwas zuwendet, die andere den Honorirten wieder ausschließt, so kann die Frage aufgeworfen werden — die im Fall einer bloßen Vernichtung schon gar nicht möglich ist — welche Verfügung denn eigentlich gelten solle? Und wo dieß auch gar nicht zweifelhaft ist (wie z. B. wenn die Aufhebung einer Verfügung ausdrücklich er-

klärt wird), da kann doch die formelle Natur gewisser Geschäfte solchen derogirenden Bestimmungen im Wege stehen. Dieß nun war hier der Fall. Wenigstens die Aufhebung von Erbeinsetzungen gestattete man nicht durch entgegenstehende Verfügungen in dem nämlichen Testamente; bei Vermächtnissen ließ man dieß geschehen [93]).

Noch weniger gehört hieher die L. 44. D. *de hered. instit.*, auf welche Finestres ebenfalls seine Ansicht zu stützen sucht. Ein Vater setzt seine beiden Haussöhne unter der Auflage ein, ihm in bestimmter Zeit ein Monument zu errichten, und enterbt sie für den Fall, wenn dieser Auflage nicht genügt werden würde. Diese Enterbung soll in Ansehung dessen, der dem väterlichen Gebote nicht nachkommt, wirksam seyn. Aber was soll dieß hier beweisen? Die Stelle enthält ja nur eine Anwendung des bekannten Rechtssatzes, daß Hauskinder unter jeder Bedingung giltig eingesetzt werden können, wenn sie unter der entgegengesetzten enterbt werden [94]).

93) L. 16. L. 17. D. *de adimendis vel transfer. legatis.* (XXXIV. 4.)

94) Dahin gehören denn auch die sonst noch von Finestres angeführten Stellen, nämlich L. 41. §. 8. *de Legatis III.* L. 27. D. *ad L. Falcidiam.* (XXXV. 2) — Von diesen und ähnlichen Anordnungen gilt das oben im Text Gesagte; es darf dies nicht so angesehen werden, als sey Jemand in dem nämlichen Testamente eingesetzt und enterbt, sondern als sey (für den Fall, daß die Bedingung nicht eintritt) die Einsetzung gar nicht verfügt. (Vgl. hier auch Thibaut im Archiv. f. civilist. Praxis Bd. VII. Abh. XIX. S. 363 fgg. Francke Notherbenr. §. 4. S. 45 fg. Note 4.) Darum läßt sich denn auch nicht sagen, daß die ältere Einsetzungsform cum cretione („heres Titius esto, cernitoque in diebus

Dagegen haben wir eine Stelle, welche für die hier vertheidigte Meinung einen sehr bestimmten Beweisgrund enthält. Es ist die L. 17. §. 2. D. *de testamento militis* (aus *Gaji* Lib. XV. ad Edictum provinciale): „Si eodem testamento *miles* eundem heredem, deinde exheredem scripserit, ademta videtur hereditas; *quum in paganorum testamento sola exheredatione hereditas adimi non possit*." — Bei dem Testamente eines Soldaten wird alles wörtlich genommen, und darum kann er auch seine Verfügung auf jede Weise wieder aufheben, sobald nur seine Absicht hierüber nicht zweifelhaft ist [95]. Daß nun in Testamenten Anderer dieß nicht geschehen könne, sagt eben die angeführte Stelle. Zwar fehlt das *non* hinter *adimi* in manchen Hand-

proximis, — „quod ni ita erpveris exheres esto"; Gaji Inst. II. §. 165. — Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 27.) — zugleich Einsetzung und Enterbung enthalten habe; vielmehr liegt hierin nur eine bedingte Einsetzung. — Beiläufig mag hier noch folgendes bemerkt seyn. Es wird ausdrücklich gesagt, daß die eben erwähnte Einsetzungsformel bei extraneis heredibus vorgekommen sey. Damit steht denn auch nicht im Widerspruch die mehrmals aus der L. 132. D. *de verbor. obligationibus* angeführten Aeusserung von Paulus, daß Enterbungen in Beziehung auf einen Extraneus etwas Nichtssagendes seyen. Bei der Einsetzung cum cretione bildet das *exheres esto* nur einen Theil der Einsetzungsform, darf also nicht übersetzt werden: er soll enterbt seyn, sondern er soll nicht Erbe seyn, wenn die Bedingung nicht erfüllt wird. Ein anderes aber ist es, wenn der Testirer geradezu nur eine Enterbung ausspricht; davon muß man allerdings sagen, es sey dieß *res in extraneo inepta*.

95) L. 15. §. 1. D. *de testamento militis*. — L. 34. §. 2. D. *eod.* — L. 1. in f. Cod. *de test. militari*. (VI. 21.)

schriften [96]; allein die Florentinische Lesart, welche auch von der überwiegenden Mehrzahl der Ausleger ausdrücklich oder stillschweigend angenommen wird, verdient hier offenbar den Vorzug [97]. Denn, da der Jurist nicht etwa nur einen einzelnen ihm vorgelegten Fall entscheidet, sondern eine Rechtsquelle erläutert, so ist kein Grund gedenkbar, welcher ihn zu der Bemerkung veranlaßt haben könnte: den Soldaten stehe das Recht einer solchen Aufhebung zu, indem ja auch Andere dieß dürften. Die Richtigkeit der Florentinischen Lesart nun also vorausgesetzt, scheint gegen die hier angenommene Interpretation kein Zweifel möglich zu seyn, wie sie denn auch als die gewöhnliche betrachtet werden darf [98]. Anderer Meinung ist indessen Cujacius und mit ihm Finestres [99].

96) S. hierüber die Accursische Glosse, ferner die Marginalbemerkungen bei Haloander und Russardus u. A. Augustinus Emendationum et opin. Lib. I. Cap. III. (opp. T. II. p. 14.)

97) A. Augustinus Emendationum etc. Lib. I. C. II. u. C. III. z. A. — *Siegm. Reich.* Jauchii de Negationibus Pand. Florent. p. 55. der Amsterdamer Ausg. — Auch in dem Cod. Lips. Senat. findet sich das *non*.

98) M. s. z. B. die Accursische Glosse, Bartolus super infortiato ad *h. l.*, Marcillius ad §. 1. Inst. *de heredib. instit.*, in Commentario *Jan. A.* Costae cur. *Jo. van de* Water p. 258., (jedoch scheint derselbe einen Unterschied zu machen, ob Miterben vorhanden seyen oder nicht, und in dem ersten Falle die Ademtion für zulässig zu halten, und ebenso *Greg.* Majansius Disputatt. juris Num. XXXII. p. 475., auch in Commentario ad XXX. Jctor. Fragmenta p. 241. Nr. IV.); Westphal von Testam. §. 805. S. 617.

99) Cujacius ad L. 13. §. 2. D. *h. t.* (opp. prior. ed. Par.

Sie glauben, daß Gajus nur sagen wolle: Wenn ein Paganus die Erbeinsetzung in dem nämlichen Testamente wieder aufhebe, so falle das Testament mit allen seinen Bestimmungen weg, wogegen, wenn dieß von einem Soldaten geschehe, alles nicht ausdrücklich Aufgehobene bei Kräften bleibe. Allein diese Interpretation ist höchst willkührlich und widerstreitet geradezu den Worten, da in Beziehung auf das Testament eines Soldaten, wie eines Paganus, ausdrücklich nur von Anordnung und Aufhebung der *hereditas* die Rede ist,[99 a]).

Auf eine Stelle aber berufen sich die Vertheidiger aller Meinungen[100]). Bald soll sie beweisen, daß eine Ademtion des Erbrechts in demselben Testamente unbedenklich geschehen könne, nur nicht durch bloße Wieder-

T. I. p. 1089. und Observat. Lib. XVII. C. XXXVIII. *Ant.* Mercatorius in notat. ad *Jo.* Roberti animadvers. II. 18. Finestres I. 1. §. 5. — Auch Hunger in der deutschen Uebersetzung des corp. jur. civ. (herausgegeb. von Otto, B. Schilling, und Sintenis Bd. III. S. 126. Note 33.) tritt dieser Meinung bei.

99 a) Marckart interp. receptar. lection. Lib. II. c. 5.) welcher ebenfalls die Meinung von Cujacius vertheidigt, hebt hauptsächlich hervor, daß *sola* nicht auf exheredatione, sondern auf hereditas bezogen werden müsse. Allein der ganze Zusammenhang der Stelle bietet doch wahrlich nicht die geringste Veranlassung, dem Juristen eine so unnatürliche Construction Schuld zu geben.

100) Vgl. Cujacius ad L. 13. §. 2. D. *h. t.* *Gil.* Regius Enanthiophanōn juris civ. Lib. II. Cap. XI. (in Ottonis Thesauro T. II. p. 1501. sq.) Marcilius ad §. 1. Inst. *de heredibus instituendis.* *A.* Schuting ad Ulp. Fragm. Tit. XXII. §. 12. Nota 34. (Jurisprud. vetus antejustin. p. 639.) Majansii Disp. Nr. XXXII. §. 4.

aufrufung der Freiheitsertheilung für einen zum Erben eingesetzten Sclaven; bald, daß dieß alsdann nur nicht möglich sey, wenn der eingesetzte Erbe keine Miterben habe. Ich dagegen glaube, daß sie eine sehr deutliche Bestätigung der hier vertheidigten Ansicht enthält. Es ist dieß die L. 13. §. 2. D. *h. t.* (aus JULIANI Lib. XXIX. Digestorum) welche in der Florentina (und zwar nach der Interpunction von Gebauer) so lautet:

„Regula est juris civilis, qua constitutum est, hereditatem adimi non posse, propter quam liber et heres esse jussus, quamvis dominus ademerit eodem testamento libertatem, nihilominus et libertatem et hereditatem habebit.“

Die Stelle ist eine s. g. lex fugitiva, d. h. ein Fragment, welches einem andern Titel einverleibt ist, als dem es der Materie nach eigentlich angehört hätte [1]); unser Fragment würde nach seinem Inhalt in dem Titel de heredibus instituendis zu setzen gewesen seyn. — Es wird hierin zuerst eine Regel aufgestellt, und von dieser folgende Anwendung vorgetragen: Wenn der Herr seinen Sclaven, den er im Testament für frei erklärt und zum Erben eingesetzt habe, in dem nämlichen Testament die Freiheit wieder nehme, so würde der Sclave dennoch die Freiheit und Erbschaft erhalten. — Nach der in den Ausgaben sich findenden Interpunction scheinen die Worte: „propter quam liber et heres esse jussus“ noch zu der Regel selbst zu gehören; doch wird in einigen Editionen durch Cursivschrift darauf hingedeutet, daß die Regel sich auf den Satz beschränke: hereditatem adimi

1) S. Cujacii Observatt. Lib. III. Cap. XXXVII.

non posse [2]), und noch bestimmter tritt dieß hervor, wenn man mit Pothier [3]) so interpungirt: „Regula est — — hereditatem adimi non posse. Propter quam (sc. *regulam*) liber et heres esse jussus" u. s. w. [4]). Diese Beschränkung der Regel halte ich auch für richtig. Schon aus grammatischen Gründen muß man sich dafür erklären, weil sonst Regel und Anwendung ganz in einander fließen würden. Haloander schiebt zwar ein *itaque* vor dem *quamvis* ein, und ihm ist namentlich Beck gefolgt. Allein es scheint dieß eben dadurch veranlaßt zu seyn, daß man die unmittelbar vorausgehenden Worte noch für einen Theil der Regel hielt, welche man dann durch die Partikel itaque mit der folgenden Anwendung zu vermitteln suchte [5]). Ob nun jene Voraussetzung auch der Haloandrinischen Lesart: heriditatem *servo* adimi non posse — welche sich freilich auch in Handschriften findet [6]) — ihr Daseyn gegeben hat, oder ob diese Lesart umgekehrt eine Veranlassung wurde, die obigen Worte noch mit zu der Regel zu ziehen, mag hier dahin gestellt

2) So namentlich in der französ. Uebersetzung der Pandekten von Hulot und Berthelot (Paris 1803—1804.) T. III. p. 99.

3) Pandectae Justinianeae Tit. *de jure codicillorum*. Nr. X. p. 164.

4) Vielleicht ist auch statt propter quam zu lesen: propterea. Die erste Lesart kann durch eine falsch aufgelöste Sigle entstanden seyn, und das Mißverständniß sich um so leichter fortgepflanzt haben, als man sich dadurch an eine ganz falsche Verbindung der Sätze gewöhnt hatte.

5) In einigen Ausgaben wird das quamvis eingeleitet durch: *Sed*. So lies't auch Cod. Lips. Senat.

6) Cod. Lips. Senat. hat: Hereditatem adimi servo non potest.

bleiben. Genug, nach Haloander und andern Editoren müßte die Regel so gelautet haben: *Hereditas adimi non potest, propter quam liber et heres esse jussus est.* Indessen ist dadurch für größere Bestimmtheit des Gedankens nicht das Geringste gewonnen. Denn ganz allgemein verstanden ist der Satz nicht wahr, wenn man ihn auch so ausdrückt: Einem Sclaven darf die Erbschaft nicht genommen werden, in Beziehung auf welche er einmal für frei und zum Erben erklärt ist. Denn daß die Aufhebung einer solchen Verfügung durch ein neues vollgiltiges Testament geschehen könne, unterliegt keinem Zweifel. Es fehlt mithin an zureichenden Gründen, um von der lectio Florentina hierin abzugehen, indem dafür bloße Abweichungen in Handschriften oder Ausgaben nicht gehalten werden dürfen, sondern andere Gründe hinzutreten müssen, um einen Vorzug der in diesen sich findenden Lesarten zu rechtfertigen; als da sind: bessere Uebereinstimmung mit andern Rechtssätzen, mehrere Bestimmtheit und Richtigkeit des Ausdrucks oder des Gedankens u. s. w. — Betrachten wir nun die Regel selbst, wie sie wahrscheinlich lautete: *hereditas adimi non potest*, so darf sie in unbedingter Allgemeinheit freilich nicht verstanden werden. Aber auch bei andern sprüchwörtlichen Regeln des ältern Civilrechts finden sich dergleichen Unbestimmtheiten, die daraus sich leicht erklären, daß jeder Jurist von selbst wußte, wie die Regel zu ergänzen sey [7]. Was nun bei

7) Man denke z. B. an die Regel: *Omnia judicia esse absolutoria* (GAJI Inst. Lib. IV. p. 114. — §. 2. J. de perpet. et temporal. actionibus. — Keller über Litiscontestation u. Urtheil §. 22. S. 181 fgg.); ferner an das bekannte Sprichwort: *Duas lucrativas causas in eundem*

unsrer Regel ergänzt werden muß, ergiebt sich sehr deutlich aus den folgenden Worten der Stelle; nämlich: *eodem testamento.* Hiemit sind denn auch im Allgemeinen die Ausleger einverstanden. Jedoch will Cujacius statt *hereditatem* gelesen wissen: *libertatem* [8]. Er stützt seine Behauptung theils darauf, daß späterhin in der Stelle ausdrücklich von einer ademtio libertatis die Rede sei, theils auf die L. 6. §. 4. D. *de hered. instit.* (von Ulpian), wo sich folgende Erörterung findet: „Sed si sit cum libertate institutus, an ei libertatis datio codicillis adimi possit? apud Julianum quaeritur. Et putat, in eum casum, quo necessarius fieret [9], ademtionem non valere, ne a semet ipso ei adimatur libertas; *servus enim heres institutus a semetipso libertatem accipit.* Quae sententia habet rationem; nam sicuti legari sibi non potest, ita nec a se adimi." — Indessen nur auf den ersten Anblick scheinen diese Gründe von Bedeutung zu seyn; die nähere Prüfung halten sie nicht aus. Julian sagt: In dem nämlichen Testamente darf man dem (wie sich von selbst versteht cum libertate) zum Erben eingesetzten Sclaven die Erbschaft nicht wieder neh-

hominem et eandem rem concurrere non posse, wobei ebenfalls sehr wichtige Punkte noch zu ergänzen waren (§. 6. Inst. *de Legatis*) u. a. m. — S. Hugo's Rechtsgesch. 11te Aufl. S. 466 fgg.

8) Cujacius l. l. Ihm stimmen auch bei *J. a* Costa ad §. 1. J. *de heredib. instit.* und Schulting l. l. (Note 100.) — Dagegen erklären sich in diesem Punkt gegen Cujacius *Gilb.* Regius l. l. (Note 100.) und Finestres l. l. §. 4.

9) d. h. wo der Sklave zum Erben eingesetzt ist. S. oben S. 146. Note 24. 25.

men. Wenn man daher auch blos die Freiheit, also die Grundbedingung des Rechts, Erbe zu werden, wieder aufhebt, so wird der Sclave dennoch Beides, frei und Erbe. Nach der Interpretation von Cujacius würde der Schlußsatz eine reine Wiederholung des Vordersatzes enthalten; nach der unsrigen dagegen erscheint jedes Wort bedeutend. — Erbrechte können in demselben Testamente nicht wieder aufgehoben werden, die Aufhebung von Vermächtnissen dagegen darf auf diese Art geschehen [10]; da nun Freiheitsertheilungen gleich den Vermächtnissen angeordnet und wieder aufgehoben werden können [11], so muß auch ein Widerruf derselben in dem nämlichen Testamente möglich seyn. Diese Schlußfolgerung aber wird von Julian, so wie auch von Ulpian in der angeführten Stelle in dem Fall verworfen, wenn der Sclave selbst zum Erben eingesetzt ist. Alsdann ist Erbeseinsetzung und Freiheitsertheilung unzertrennlich mit einander verbunden; darum darf denn die letztere auch nicht, gleich einem bloßen Freiheits-Vermächtniß, durch Codicill, folglich eben so wenig in dem nämlichen Testamente widerrufen werden. Dieß sagt namentlich Ulpian a. a. O., indem er den Grund hinzufügt: „servus enim heres institutus a semet ipso libertatem accipit;" und: „nam sicuti legari sibi non potest, ita nec a se adimi." Diese letztere Aeußerung aber scheint die Meinung veranlaßt zu haben, daß, wenn der Sclave Miterben hat, die Aufhebung der Freiheit in einem Codicil geschehen könne,

10) L. 16. L. 17. D. *de adimendis vel transfer. legatis* (XXXIV. 4.)

11) L. 26. D. *de adim. vel transfer. legatis*. L. 10. (nach Beck L. 11. pr. in f. D. *de rebus dubiis*. (XXXIV. 5.)

woraus denn weiter gefolgert wurde, daß einem Miterben überhaupt sein Recht in demselben Testament wieder genommen werden dürfe [12]. Allein der eine wie der andere Schluß ist unbegründet. Ob Jemand heres ex asse oder nur Miterbe ist, hat auf seine Erbenqualität keinen Einfluß. Immer repräsentirt er den Erblasser hinsichtlich der übertragbaren Rechtsverhältnisse desselben; was daher von dem Widerruf des Erbrechts an sich gilt, das muß auch von dem Widerruf eines Erbtheils gelten [13]. Der Grundsatz: Hereditas eodem testamento adimi non potest, ist allgemein ausgesprochen; also können auch Miterbenrechte auf diesem Wege nicht wieder vernichtet werden.

So erhält mithin die hier vertheidigte Regel auch durch die L. 13. §. 2 D. *h. t.* eine erhebliche Unterstützung. Aber auch von dieser Stelle ganz abgesehen, steht der Grundsatz durch die oben erklärten Fragmente (L. 21. D. *h. t.* und L. 17. §. 2. D. *de testamento militis*) fest: Eine Erbeinsetzung kann nur durch ein neues Testament, oder durch Vernichtung des ältern Testaments oder der darin enthaltenen Erbeinsetzung, wieder aufgehoben werden [14]. Ist daher ein Notherbe in demselben Testa-

12) S. *Greg.* Majansii Disputatt. Num. XXXII. §. 4. — Der Hauptsache nach wird diese Meinung auch vertheidigt von Regius l. l. (Not. 100.) und von Finestres l. l.

13) Dieß wird auch von Cujacius a. a. O. (Not. 100.) zugegeben.

14) Zu diesen Aufhebungsgründen kommt denn noch für das neuere Recht hinzu ein persönlicher Widerruf vor 3 Zeugen, während oder nach Ablauf von zehn Jahren, von der Zeit des errichteten Testaments an gerechnet. L. 27. C. *de testamentis* (VI. 23.) — S. *Jac.* Voorda elector. lib. singular. cap. XXVIII. p. 289. — Anders erklären diese

mente eingesetzt und auch wieder enterbt, so wird die Enterbung als gar nicht vorhanden betrachtet, die Einsetzung dagegen besteht. Blos für Vermächtnisse ist das Gegentheil anerkannt, und darum ist es denn auch durchaus willkührlich, wenn man eine solche Enterbung in dem Falle, wo ein Ausgeschlossener Miterben hat, für zuläßig erklärt.

Förster, der mit dem vorstehenden Resultat übereinstimmt, wirft bei dieser Gelegenheit die Frage auf: Ob die Enterbung nicht alsdann bestehe, wenn die Einsetzung selbst nicht giltig angeordnet sey [15]? z. B. der Testirer beobachtete die civilrechtliche Einsetzungsform nicht, als darauf noch etwas ankam. — Förster's Ant-

Constitution *Jo. Guil.* Markart interpret. receptar. jur. civ. Section. Lib. II. c. 1. *J. L. C.* Püttmann interpret. et observ. singul. cap. 27. *D. F.* Schott in opuscul. p. 81 sqq. — Zu wünschen wäre es freilich, daß eine Verfügung nicht existirte, welche die größte Verlegenheit herbeiführen kann, wenn ein Testirer, der sein Testament nicht vernichten kann, ab intestato zu sterben wünscht. M. s. den Fall bei Markart l. l. §. II.

15) Foerster l. l. P. I. §. 12. p. 59. in f. sq. — Er stellt die Frage noch viel allgemeiner auf den Fall, wenn die Einsetzung aus irgend einem Grunde ungiltig oder vergeblich (inutilis) sey. Dahin gehören denn freilich manche Fälle, die hier nicht erörtert werden können, z. B. der Erbe schlägt die testamentarische Succession aus. Nur so viel will ich bemerken, daß die Entscheidung in allen Fällen, wo die Einsetzung an sich rechtsgiltig angeordnet ist, nach der obigen Entwickelung nur dahin gehen kann: die Enterbung sey als gar nicht vorhanden zu betrachten, sie könne folglich auch hinterher nicht convalesciren. — Uebrigens hat auch wohl Förster der Frage keine weitere Ausdehnung geben wollen, als die im Text ihr beigelegt ist.

wort auf diese Frage lautet sehr unbestimmt; doch scheint er anzunehmen, daß alsdann die Enterbung giltig sey. Diese Meinung halte ich denn auch für richtig, vorausgesetzt, daß sonst noch Jemand überhaupt im Testamente zum Erben eingesetzt ist. Zwar möchte es Manchem scheinen, daß hier die Grundsätze von unvollständigen Testamenten anzuwenden seyen und namentlich die Vorschrift eintrete, daß das ganze Testament nicht gelte, wenn sich in demselben weniger Erben eingesetzt finden, als der Testirer erweislich einsetzen wollte [16]. Indessen könnte dieß nur zur Anwendung kommen, wenn der Testirer etwa beabsichtigt hätte, eine zuerst verfügte Enterbung durch eine Erbeseinsetzung wieder aufzuheben, dieß aber durch einen Zufall unterblieben wäre. Davon ist hier aber nicht die Rede, sondern es wird vorausgesetzt, daß die Erbeseinsetzung ausgesprochen sey, und nur wegen Mangels gehöriger Anordnung nicht zu Recht bestehen könne. Alsdann ist dieselbe als gar nicht vorhanden anzusehen [17], sie steht mithin — in Folge der Regel: utile per inutile haud vitiatur [18] — der Enterbung auch nicht im Wege.

2) Enterbungen dürfen nicht von Zeit und Bedingungen abhängig gemacht werden [19]. Dieß ist zunächst

16) L. 25. D. *qui test. facere poss.* (XXVIII. 1.)

17) L. 4. in f. D. *qui test. fac. poss.*

18) S. meine Doctr. Pand. Vol. I. §. 113. Nr. 2. Not. 13.

19) S. hierüber Bd. VII. d. Commentars §. 551. S. 269 fgg. (Num. 2.) — Beiläufig mag hier bemerkt seyn, daß der Testirer eine Enterbung ad diem (bis auf einen bestimmten Zeitpunkt) indirekt möglich machen kann, wenn er den Notherben pure enterbt, dem eingesetzten Erben aber aufträgt, an Ersteren die Erbschaft nach Ablauf einer bestimmten Zeit

wohl nur als Folge des allgemeinen Grundsatzes zu betrachten, wonach alle civilrechtliche Geschäfte überhaupt nicht an dergleichen Modalitäten geknüpft werden konnten [20]. Für Enterbungen nun blieb dieß Recht ohne direkte Modifikation [21]), ausser Zweifel in Folge

zu restituiren. *Sam.* STRYK Caut. test. Cap. XIX. §. 16. (opp. praestantior. T. III. p. 220.)

20) L. 77. D. *de regulis juris.* — *J. L. F.* GOESCHEN Observatt. jur. Rom. specimen (Berol. 1811. in 8.) p. 65 sqq. not. k.

21) L. 18. pr. D. *de B. P. contra tabb.* (XXXVII. 4.) — L. 3. §. 1. D. *h. t.* „Pure autem filium exheredari, Julianus putat; qua sententia utimur." Glück (Bd. VII. des Commentars S. 269 fg.) meint mit Berufung auf Connanus und Finestres, daß hierdurch kein Erforderniß der Enterbung ausgedrückt werden solle, sondern die Stelle sich auf die Enterbung cum convicio beziehe, wovon Ulpian unmittelbar vorher spreche. Julian habe diese Enterbung für eine unbedingte erklärt, was wohl von manchen bezweifelt worden sey. Indessen verdient die gewöhnliche Interpretation der Stelle sicher den Vorzug. In Hinsicht auf die exheredatio cum convicio hatte der Jurist ja schon deutlich erklärt: recte exheredatum esse filium; es liegt hiernach also viel näher bei dem: *pure filium exheredari* zu subintelligiren: *debere* (was auch bei andern Stellen bisweilen hinzugedacht werden muß, s. SMALLENBURG in Notis ad Digesta ad *h. l.* T. V. p. 15.), als die Stelle auf eine solche Weise zu ergänzen, wodurch sie eine bestimmte Beziehung auf die vorhergehende erhält. Ein Zweifel konnte aber leicht dadurch veranlaßt werden, daß man sich von dem alten förmlichen Recht schon bedeutend entfernt hatte, — namentlich bei Erbeinsetzungen Suspensivbedingungen zuließ, und indirekt (durch eine exheredatio in casum contrarium) auch bei Enterbungen. — Zu bemerken ist noch, daß manche ältere Ausgaben statt *exhe-*

des odium exheredationum. Hermogenian führt als Grund hiervon an: Certo judicio liberos a parentum successione esse removendos [22]). Francke tadelt diese Argumentation, indem er meint, in den angeführten Worten liege nur der Sinn: Eine bedingte Enterbung ist ungiltig, denn Enterbungen müssen unbedingt geschehen. Der wahre Grund dieser Einschränkung sey vielmehr der, „daß die Enterbung zur Form des Testaments gehöre, durch deren Beachtung erst der übrige Inhalt des Testaments giltig werde; eine bedingte Enterbung aber würde eine Ungewißheit der Giltigkeit des ganzen Testaments bewirken, und, was zur Form gehöre, dessen Giltigkeit müsse von Anfang an feststehen" [23]). — Allein wäre dieß wahr, so müßte es auch von der Erbeseinsetzung gelten, die ja ebenfalls zur Form des Testaments gehört, und demnach unter einer Bedingung geschehen kann! — Hermogenian wollte sagen: Wer seinen Sohn zu enterben beabsichtigt, soll seinen ernstlich überlegten Willen durch einen festen und bestimmten Ausdruck erklären; wer Bedingungen hinzufügt, ist zu dieser Handlung noch nicht so völlig entschlossen, als ihr Ernst und ihre Bedeutung es erfordern. — Allerdings kann ein Vater seine sehr guten Gründe haben, den Sohn nur für gewisse Fälle von der Erbschaft auszuschließen, und es wäre unbillig, seinen Willen hierin geradezu beschränken zu wollen. Aber er soll sich zu diesem Zwecke nicht der gehässigen Enterbungsformel bedie-

redari lesen exheredandum, was denn freilich ohne Weiteres deutlich ist.

22) L. 18. pr. D. de B. P. contra tabb.

23) Notherbenrecht S. 62.

nen, sondern durch die Form seiner Verfügung zu erkennen geben, daß die Absicht einer liberalen Zuwendung ihn dabei zunächst leitete. Zwar kann er in vielen Fällen seinen Willen nicht anders erreichen, als wenn er mit der Einsetzung zugleich eine Enterbung in casum contrarium verbindet. Diese Enterbung ist indessen ein bloser zur Einsetzung gehöriger Folgesatz; die letztere würde ohne jene überall nicht möglich seyn, und darum ist im Grunde immer doch nur die Einsetzung, nicht aber die Enterbung hier bedingt. — So geht denn am Ende allerdings die Sache wieder auf eine Form hinaus, aber diese Form steht unter einem höhern materiellen Rechtsprincip, — dem nämlich, daß Enterbungen nicht begünstigt sind. Darum soll hier alles von vorne herein feststehen, soferne nicht die Ausschließung sich als bloße Folge einer vereitelten Einsetzung darstellt.

Aus diesem Grunde halte ich es denn auch für falsch, wenn man, wie gewöhnlich geschieht, bedingte Enterbungen für zulässig erklärt, sobald nur der Enterbte auf den entgegengesetzten Fall eingesetzt sey [24]). Die Stellen, worauf

24) S. z. B. *H.* Donellus in comment. de jure civili Lib. VI. Cap. XII. §. 13. sq. (ed. Hornig. Vol. III.) *Lucas van de Poll* de exheredatione et praeteritione Cap. LXXIII. §. 9. *Jos.* Finestres de lib. et postumis P. IV. C. II. §. 15. sq. (Praelect. Cervariens. p. 106. sq.) Höpfners Commentar §. 476. Glück im VII. Bde. d. Comment. S. 271. Auch die Lehrbücher haben durchgehend diese Ansicht, soferne sie nicht den Gegenstand überhaupt mit Stillschweigen übergehen. So namentlich Thibaut System d. Pand. Rechts Bd. II. §. 814. a. E. Mackeldey Lehrb. d. Röm. Rechts §. 659. Note a. u. Mening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilrechts Buch V. §. 144. Warnkoenig Commentarii

man sich hierbei beruft [25]), sprechen lediglich von der Möglichkeit der Einsetzung des Notherben unter allen und jeden Bedingungen, wenn man denselben auf den entgegengesetzten Fall enterbe; das Zusammentreffen beider Verfügungsarten im wesentlichen Resultate kann für die Zulässigkeit der ersteren nichts beweisen, da ja eben Einsetzungsformen und Enterbungsformen nicht nach demselben Maßstabe zu beurtheilen sind [26]). Noch weniger aber ist es zu billigen, wenn Förster, welcher ebenfalls der gemeinen Meinung zugethan ist, hiemit die wichtigsten praktischen Folgen verknüpft. Er meint nämlich, wenn der Notherbe unter einer Bedingung eingesetzt und auf den entgegensetzten Fall enterbt werde, so sey die Verfügung zu Anfang giltig, nur werde sie vernichtet, wenn die Bedingung nicht eintrete und ausser dem Notherben Niemand im Testament eingesetzt sey. Wenn dagegen die Enterbung unter einer Bedingung und auf den entgegengesetzten Fall die Einsetzung erfolge, so müsse schlechthin auch noch ein Anderer (als Miterbe oder Substitut) eingesetzt werden; sonst dürfe man nicht erst auf den Ausgang der Bedingung warten, sondern es trete sofort mit dem Tode des Testirers die Intestaterbfolge ein. Den Grund dieser Verschiedenheit setzt Förster darin, daß das Recht der Erbfolge, in dem ersten Fall mit der Einsetzung, im zweiten mit der Enterbung be-

Rom. privati. T. III. §. 1031. p. 296, meine Doctr. Pand. Vol. III. §. 682. Nr. 2.

25) L. 86. D. *de heredib. instit.* u. L. 4. Cod. *de institut. et substitutionibus.* (VI. 25.)

26) L. 19 in f. D. *h. t.* Die richtige Meinung hat auch sehr gut schon entwickelt *Hub.* Giphanius Explanatio difficil. leg. Cod. ad L. 4. C. *de instit. et substitut.* P. II. p. 43 sq.

ginne [27]). — Es ist wohl nicht consequent, wenn man zuerst von der Möglichkeit einer bedingten Einsetzung auf den einer bedingten Enterbung schließt, weil Beides der Wirkung nach gleich sey, und doch hinterher so bedeutende Verschiedenheiten an den Unterschied dieser Formen knüpft. Aber es kann auch überhaupt nicht für richtig gehalten werden, wenn Förster im Falle einer bedingten Erbeinsetzung die Ernennung von Miterben und Substituten zur civilrechtlichen Giltigkeit des Testaments nicht erfodert; denn da, wie auch oben (S. 379. Note 40) bereits bemerkt wurde, die Enterbung hier eingentlich nur als Erforderniß einer giltigen Erbeinsetzung erscheint, so ist hierbei auch auf den Fall Rücksicht zu nehmen, daß die Bedingung nicht eintreten werde.

Die civilrechtliche Enterbung gehört nun also zu den Geschäften für welche die Regel gilt: Expresse nocent, non expressa non nocent [28]); d. h. sie leiden streng genommen nicht die Hinzufügung von Bedingungen, doch schadet der indirekte Ausdruck einer Bedingung denselben nicht. Als indirekt hinzugefügt gilt aber hier die Bedingung auch alsdann, wenn die Enterbung nur als ein auf die Einsetzung sich beziehendes Geschäft angesehen werden kann. Uebrigens kommt die so eben angeführte Rechtsregel bei Enterbungen auch zur Anwendung, wenn eine sich von selbst verstehende Bedingung (eine s. g. juris oder tacita conditio) ausdrücklich einer Enterbung hinzugefügt wird. L. 68. D. *de heredib. inst.*: — —

27) Foerster. l. l. §. 19. p. 70 sq.

28) L. 195. D. *de regulis juris.* — S. *Jac.* Gothofredi Commentar. in *h. l.*. opp. minor. ex ed. Trotzii p. 1207 sq. — Vgl. Vaticana Fragm. §. 329. u. dazu die Noten von *A. A. de* Buchholtz.

„Quaedam in testamentis si exprimantur, effectum nullum habent; quando (*ab* quae) si verbis tegantur, eandem significationem habeant, quam haberent expressa, et momentum aliquod habebunt. Sic enim filii exheredatio cum eo valet, si quis heres existat, et tamen nemo dubitat, quin, si ita aliquis filium exheredaverit: *Titius heres esto, et cum heres erit Titius, filius exheres esto*, nullius momenti sit exheredatio." — Im Eingange der Stelle erläutert Pomponius den Satz, daß man die Einsetzung eines Erben direct nicht von dem Willen eines Dritten abhängig machen dürfe (z. B. si Titius *voluerit*, Sempronius heres esto), wohl aber indirekt, nämlich dadurch, daß man die Erfüllung einer Potestativbedingung einem Dritten auferlegt (z. B. si Titius in Capitolium ascenderit, Sempronius heres esto). Hienächst trägt er die Regel vor, auf welcher dieser Satz beruht und knüpft daran wieder einen besondern Fall. Manches, sagt er, ist ohne Kraft und Wirkung, wenn es ausdrücklich im Testamente geschrieben wird, wogegen es auf eine versteckte Weise angeordnet (oder auch ganz mit Stillschweigen übergangen) zwar eben so viel bedeutet, als wäre es ausgedrückt, dennoch aber Gewicht hat [29]).

29) Der Sinn dieses Theils der Stelle ist nicht zweifelhaft. Deutlicher aber würde allerdings die Rede seyn, wenn man mit Haloander lesen dürfte: „*licet* eandem significationem habeant, quam haberent expressa, *tamen* momentum aliquod habebunt." Auch bei Russardus findet sich das *et* vor *momentum* mit dem bekannten Zeichen || || eingeschlossen. (S. oben S. 369. Note 21.) Nöthig ist eine Aenderung des Textes hier indessen nicht, da et bisweilen auch die Bedeutung von et tamen hat. S. *Hora-*

So ist z. B. die Wirksamkeit einer Enterbung von selbst dadurch bedingt, daß der eingesetzte Erbe die Erbschaft erwirbt [30]; aber Niemand zweifelt, daß eine auf folgende Art ausgesprochene Enterbung: Titius soll mein Erbe seyn und, wenn er es seyn wird, mein Sohn enterbt, — völlig wirkungslos sey. — Schwierigkeit haben hier für manche Interpreten die Worte gemacht: „filii exheredatio *cum eo* valet, si quis heres existat." Sie setzen nämlich die Worte *cum eo* mit dem folgengen si quis heres existat in Verbindung, und erklären daher die allgemein ausgedrückte Bedingung: wenn Jemand Erbe wird, bei Enterbungen für giltig; nur speciell ausgedrückt, z. B. ich setze den Titius zum Erben ein und, wenn er nicht Erbe seyn wird, soll mein Sohn enterbt seyn, gelte sie nicht [31]. Eine Erklärung dieses Unterschiedes suchen wir bei den Meistens vergeben. Nur Finestres ist bemüht gewesen, einen verständigen Grund dafür aufzufinden: in dem letzten Falle bestimme der Testirer den Moment der angetretenen Erbschaft als denjenigen Zeitpunkt, wo die Ent-

tius Tursellinus de particulis latinae orationis V. et Nr. 34. (ed. Lips. p. 286.)

30) Denn: „exheredatio non adita hereditate ex testamento nullius momenti est"; L. 20. pr. D. *de bon. p. c. t.*

31) So namentlich Finestres de lib. et post. P. IV. Cap. II. §. 17.; ferner die französische (von Hulot verfaßte) und die deutsche (von Otto, B. Schilling und Sintenis redigirte) Uebersetzung. Foerster a. a. O. p. 67. §. 17.) welcher ebenfalls die mit dem Zusatze *si quis heres existat* angeordnete Enterbung für giltig hält, scheint sogar anzunehmen, daß die Schlußworte der Stelle: nullius momenti sit exheredatio nun bedeuten: die Bedingung selbst gilt pro non scripta.

erbung in Kraft treten solle, dieß aber stehe in Widerspruch mit dem Rechtssatze: nemo post aditam hereditatem exheredari debet [32]. — Indessen die Worte: filii exheredatio *cum eo* valet, si quis heres existat, heißen ganz einfach: die Enterbung ist nur unter der Bedingung, — unter der Voraussetzung, — m. a. W. sie ist nicht anders giltig, als wenn ein Erbe aus dem Testamente existirt [33]; auch bei nicht juristischen Klassikern kommt diese Bedeutung des Ausdrucks *cum eo* und zwar keineswegs sehr selten vor [34].

Von selbst geht übrigens aus dem Gesagten hervor, daß auch Potestativbedingungen einer Enterbung nicht giltig hinzugefügt werden können, wie denn auch die Hinzufügung einer physisch oder rechtlich unmöglichen Bedingung die Enterbung unwirksam macht [35].

32) Finestres l. l. §. 17. — Auch *Jos. Fern. de* Retes Prael. ad Tit. *de V. Oblig.* P. II. Tr. II. §. 10. (Meermani Thes. T. VII. p. 430.) bringt die Stelle mit obiger Regel in Verbindung.

33) So erklären auch Pothier Pand. Justin. Tit. *de cond. et demonstrationibus* Nr. LIX. not. f. (T. II. p. 460.) i. e., non aliter valet, quam si quis ex testamento heres existat, et tamen non potest expresse conferri in casum, quo quis heres extiterit"; — und Francke Notherbenr. S. 66 fg.

34) Schon *Jo. Matth.* Gessner in s. Ausgabe von Fabri Thesaurus erklärt (v. *cum* §. 3.) das cum eo richtig für solchergestalt, mit dem Bedinge, doch so, unter Berufung auf passende Stellen von Cicero ad Attic. VI. 1. §. 4. inf.) u. Livius VIII. 14. S. auch Forcellini Totius latinitatis Lexicon v. *cum* §. cum eo u. Tursellinus de partic. p. 200. Nr. 5. u. 6.

35) Vgl. Foerster l. l. §. 17. p. 67 sq.

Ob Töchter und Enkel nach dem Civilrecht durch Hinzufügung einer Bedingung giltig enterbt werden durften, ist in unsern Rechtsquellen nirgends bestimmt. Doch muß die Frage verneint werden. Zwar war eine Enterbung der Töchter und Enkel zur förmlichen Giltigkeit eines Testaments nicht erfoderlich, und wenn sie geschah, so genügte eine exheredatio inter ceteros. Allein auch diese blieb doch immer ihrer Form nach eine Enterbung; wollte man daher die Töchter und Enkel von ihrem gesetzlichen Accrescenz-Recht ausschließen, so war man dabei freilich an das *nominatim exheredare* nicht gebunden, alle übrigen die Art der Enterbung betreffenden Rechtsbestimmungen aber müssen als allgemein geltende betrachtet werden [36].

Auch für die Postumen gilt hier kein anderes Recht. Da indessen in Beziehung auf dieselben der Rechtsbestand eines Testaments erst nach dem Moment, wo der Postumus erscheint, bestimmt wird [37], so ist wohl anzunehmen, daß hier die Enterbung unter einer Bedingung nicht schlechthin für wirkungslos erklärt worden sey. Schwebte die Bedingung bei dem Erscheinen des Postumus noch, so war unstreitig die Enterbung ungiltig; war sie

36) Foerster l. l. §. 27. p. 84 sqq. — Ein Gleiches gilt daher auch in Ansehung der übrigen formellen Vorschriften über das Enterbungsrecht, welche nicht auf das nominatim exheredare gehen. So wie es sich daher von selbst versteht, daß die Enterbungen der Töchter und Enkel ebenfalls in einem vollständigen Testamente, worin ein anderer Erbe ernannt ist, geschehen müssen (s. oben Nr. 1.), so wird eine besondere Bemerkung hierüber auch bei den folgenden Bestimmungen (unter 3. 4. 5. 6. 7.) nicht nöthig seyn.

37) S. oben S. 388.

weggefallen, und der Postumus zugleich auf diesen Fall eingesetzt, so galt er nunmehr für pure instituirt, sonst trat Intestaterbfolge ein. Wie aber, wenn alsdann die Bedingung eingetreten (also purificirt) war, galt nunmehr die Enterbung als eine unbedingt angeordnete? Dieß nimmt Förster an [38]. Allein soweit ist sicher der Grundsatz nicht auszudehnen, daß das Recht der Testamente nach der Zeit, wo der Postumus erscheint, zu beurtheilen sey. Vielmehr führt eine consequente Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze zu dem Resultate, daß das Testament nicht gelten könne, wenn sich der Postumus nicht unbedingt enterbt findet; für gehörig enterbt kann er aber nicht gehalten werden, wenn bei seinem Erscheinen die Bedingung der Enterbung bereits eingetreten ist, indem diese ja jetzt seinem Erbrechte im Wege steht [39].

3) Die Enterbung darf nicht auf eine Art ausgesprochen werden, wodurch der Testirer das Recht des eingesetzten Erben von dem Tode des Enterbten abhängig macht [40]. Diese Regel, welche bereits mehrmals in diesem Commentar zur Sprache gekommen ist [41], erklärt

38) Foerster l. l. Partic. §. 44. p. 124.

39) Ganz auf die nämliche Weise verhält es sich auch, wenn der Postumus unter einer unzulässigen Bedingung eingesetzt ist. S. die in d. Note 37 enthaltene Nachweisung.

40) L. 13. §. 2. *h. t.* („Testamentum, quod hoc modo scribitur: *Titius post mortem filii mei heres esto, filius exheres esto*, nullius momenti est, *quia filius post mortem suam exheredatus est*"). L. 29. §. 10. *eod.* L. 4. §. 2. D. *de heredib. instituendis.*

41) Bd. VII. d. Comment. §. 273. Nr. 3. u. oben S. 199. dieses Bdes. — Vgl. auch Francke Notherbenr. S. 62 fgg. Nr. 4.

sich ebenfalls daraus, daß der Ausdruck bei Enterbungen über den festen Entschluß des Testirers keinen Zweifel übrig lassen soll. Denn wollte man hier nur den wahrscheinlichen Willen des Testirers berücksichtigen, so würde sich eine solche Verfügung wohl allenfalls so interpretiren lassen: Mein Sohn soll eingesetzt seyn, überlebe ich denselben aber, so soll der Titius mich beerben. Das aber ist keine rechte Einsetzung eines Notherben, folglich gilt es der Präterition gleich.

Auf ähnliche Weise verhält es sich

4) mit der Regel: die Enterbung dürfe nicht post aditam hereditatem erfolgen. — L. 3. §. 2. D. *h. t.* — — „Vitiosa erit exheredatio, — si ita eum (filium) exheredaverit: *Quisquis mihi heres erit, filius exheres esto* [42]. Nam, ut Julianus scribit, cujusmodi exheredatio vitiosa est, quoniam post aditam hereditatem voluit eum summoveri, *quod est impossibile.*" — Die Meinung von Glück, daß hier vorausgesetzt werde, der Erblasser habe gar keinen Erben ernannt [43], ist gewiß falsch. In dem ersten Theil der Stelle ist nämlich von der Nothwendigkeit einer Enterbung ab omni gradu die Rede. Ist die Enterbung nur in Beziehung auf einen oder den andern Grad ausgesprochen (will Ulpian sagen), so gilt sie eben so wenig, als wenn der Testirer sich so ausgedrückt hätte: Möge nun

42) So liest auch Cod. Lips. Senat. — Wenn die Florentinische Lesart („Quisquis mihi heres erit, filius exheres esto") ächt ist, so muß doch jedenfalls dabei vorausgesetzt werden, daß in dem Original durch ein Versehen des Schreibers oder des Dictirenden das Wort heres ausgefallen sey.

43) Bd. VII. d. Commentars S. 266.

(von den vorhin ernannten Erben) mein Erbe werden, wer da wolle, so soll doch mein Sohn enterbt seyn. — Hieße es blos: *quisquis mihi heres erit, filius exheres esto*; vitiosa erit exheredatio, — so würde man unstreitig hierin nur einen Beleg zu dem Satz finden dürfen: eine giltige Enterbung erfodert, daß in dem nämlichen Testament Jemand zum Erben eingesetzt sey, eine unbestimmte Einsetzung aber ist wie gar keine anzusehen. Indessen wird diese Interpretation dadurch schon sehr unsicher, daß die obigen Worte unmittelbar an den vorausgehenden Satz geknüpft sind, wo ausdrücklich von der Einsetzung mehrerer Erben gesprochen wird; ganz außer Zweifel gesetzt wird es aber durch den hier zugefügten Grund „quoniam post aditam hereditatem voluit eum summoveri," daß der Mangel eines bestimmten Ausdrucks es nicht war, woraus hier die Ungiltigkeit der Disposition hergeleitet wurde. Der Jurist setzt noch hinzu: quod est impossibile; d. h., die Verfügung, der Notherbe solle nur auf den Fall ausgeschlossen seyn, daß die Erbschaft von dem eingesetzten Erben erworben seyn würde, ist theils in sich widersprechend, theils steht sie mit andern Rechtsvorschriften im Widerspruch. Ist er nur auf jenen Fall enterbt, so muß er bis dahin als nicht enterbt gedacht werden. Dann ist aber wieder die Antretung der Erbschaft für den eingesetzten Erben nicht möglich, und doch ist die Wirksamkeit jeder Enterbung dadurch bedingt, daß aus dem Testament ein Erbe existire [44]). Genau betrachtet hat freilich der Testirer hier nichts angeordnet, was sich nicht schon von selbst versteht. Löst man nämlich jene Verfügung in ihre Bestandtheile auf, so enthält sie fol-

44) L. 20. pr. D. *de B. P. contra tabb.*

gende Disposition: „Mein Sohn soll enterbt und N. mein Erbe seyn, würde dieser jedoch nicht Erbe werden, so soll alsdann die Erbschaft meinem Sohne zufallen." Dieß versteht sich aber im Grunde ganz von selbst (ausser daß, wenn die Verfügung giltig wäre, der Sohn als testamentarischer Erbe betrachtet werden müßte). Es sind also eigentlich nur die Worte: Wenn N. Erbe werden wird, welche hier eine Ungiltigkeit der Disposition bewirken. Darum meint denn Franke: Der Satz, daß die Enterbung nicht post aditam hereditatem erfolgen dürfe, gehöre zu den subtilsten Subtilitäten des ältern römischen Rechts[45]. Allein er ist um nichts subtiler, als die übrigen, das formelle Enterbungsrecht betreffenden, Bestimmungen es sind. — Der Testirer hat seine Absicht, den Notherben ausschließen zu wollen, nicht so bestimmt und unzweideutig ausgesprochen, als das Enterbungsrecht es nun einmal erfodert. Darum berücksichtigte man hier zunächst den Ausdruck und die Ungereimtheiten, welche aus einer strengen Interpretation desselben allerdings folgten, nicht aber, daß die Anordnung ihrem wahrscheinlichen Sinne nach nur mit dem übereinstimme, was dem bestehenden Rechte ohnehin schon gemäß sey. So läßt sich denn hier wieder die Regel anwenden: Expressa nocent, non expressa non nocent, woraus denn auch schon die Accursische Glosse diese Beschränkung des Enterbungsrechts ableitet[46].

Auf einer ähnlichen Consequenz beruhte

5) der Grundsatz: Die Ausschließung soll von der ganzen Erbschaft — nicht blos von einem Theile dersel-

45) Notherbenrecht S. 64 fgg. Nr. 5.

46) *Glossa* ad *h. l.* not. 1.

ben — geschehen [47]). Einsetzungen, die in dieser Art unvollständig sind, werden ergänzt [48]), Enterbungen nicht, weil sie nicht begünstigt sind [49]). Wie strenge man hieran festhielt, beweist die Entscheidung von Paulus (L. 19. *h. t.*), daß ein Testament nicht bestehe, worin dem Sohne ein Legat hinterlassen und in Ansehung des übrigen Theils derselbe enterbt ist („in cetera parte mihi exheres sit"). Der Sache nach ist dieß ja so anzusehen, als hätte der Testirer seinen Sohn pure enterbt, ihm aber ein Vermächtniß hinterlassen, was ohne Zweifel giltig geschehen konnte [50]). Doch soll diese Verfügung in jener Form nicht gelten, weil dieß zur Noth auch so verstanden werden kann: in Ansehung des übrigen Theils solle der Sohn Erbe seyn, — was denn wieder nicht zu dem Recht paßt, welches für Enterbungen eine durchaus feste und unzweideutige Willenserklärung erfodert [51]).

Mit dieser Bestimmung hängt denn sehr nahe die folgende zusammen:

6) Die Enterbung soll in Beziehung auf alle Miterben ausgesprochen werden (ab omnibus heredibus

47) L. 19. D. *h. t.* Bd. VII. d. Comment. S. 273—277. Nr. 4. Vgl. L. J. M. Valett practisch-theoretische Abhandlungen aus dem Gebiete des röm. Privatrechts (Gött. 1824.) Abh. VI. u. Francke Notherbenrecht S. 68 fg. Nr. 6.

48) L. 1. §. 4. L. 74. D. *de heredib. instit.* — L. 9. §. 13. L. 10. D. *eod.* (S. über diese Stelle meine Doctr. Pand. Vol. III. §. 666. not. 7.)

49) *H.* Donelli Comment de jure civili Lib. VI. Cap. XII. §. 15. in f. (nach der König-Bucherschen Ausgabe.)

50) S. z. B. L. 12. D. *de inoff. testamento.*

51) Vgl. hiezu noch *Fr.* Connani Comment. jur. civil. Lib. X. Cap. II. Nr. 13.

fieri debet) [52]. Daß ursprünglich die Enterbungsformel bei jedem Miterben wiederholt werden mußte, scheint nicht bezweifelt werden zu dürfen; doch schon nach Pandektenrecht ist es genügend, wenn die Enterbung auch nur einmal ausgesprochen wird, soferne dieß auf eine Art geschieht, daß über die Absicht des Testirers, den Notherben nicht blos in Hinsicht auf einen oder den andern Miterben ausschließen zu wollen, kein Zweifel obwalten kann.

Und dasselbe gilt denn auch

7) von der Regel, daß wenn Substitutionen verfügt sind, der Notherbe von allen Graden auszuschließen sey [53]. Wird daher die Enterbung ganz vorangestellt und allgemein ausgedrückt [54], so bezieht sie sich außer Zweifel auf alle Erben und auf alle Grade [55], und eben dieß nahm man auch an, wenn die Enterbung zwischen der Einsetzung und der Substitution ausgesprochen war [56],

52) L. 3. §. 2. D. h. t. — Bd. VII. d. Comment. S. 277 fg. Nr. 5. a.

53) Vgl. hierüber die Ausführung im VII. Bde. d. Comment. S. 278—286. u. Francke Notherbenr. S. 69—72. Nr. 7.

54) d. h., so, daß die Enterbung sich auf alle Erben und Grade beziehen kann, und nicht etwa auf den zuerst genannten, wie wenn z. B. der Testirer sagte: Meinen Sohn enterbe ich, indem ich ihm den Titius vorziehe, welchen ich hiedurch eingesetzt haben will. Ein allgemeiner Ausdruck aber wie folgender: quisquis heres erit, filius exheres esto, würde einen Verstoß gegen die oben unter Nr. 4. erörterte Regel enthalten.

55) L. 3. §. 3. D. *h. t.* „Ante heredis institutionem exheredatus ab omnibus gradibus summotus est.

56) L. 3. §. 4. D. *h. t.* „Inter duos autem gradus exhere-

so wie in dem Falle, wenn der Testirer Miterben ernennt, jedem derselben besonders substituirt, und die Enterbung zwischen dem letzten Institutus und dem letzten Substitutus ausgedrückt hatte[57]). Genug, die Praxis entfernte sich hier etwas von dem strengen Grundprincip und berücksichtigte hauptsächlich den Willen des Testirers; nur wo dieser wirklich zweifelhaft blieb, konnte die Enterbung nicht als eine vollständige gelten. — Ob nun eine Enterbung auch alsdann auf alle Grade zu beziehen sey, wenn sie erst nach Aufführung aller Erben und Substituten ausgesprochen wird, ist unter den heutigen Juristen bestritten. Es handelt hiervon ein Rescript aus d. Jahre 204, worin bestimmt wird, eine solche Enterbung sey alsdann außer Zweifel auf alle Grade zu beziehen, wenn der Testirer ausdrücklich erklärt habe, dieß sey sein Wille. Aber selbst dann sey dieß anzunehmen, wenn zwar eine solche Erklärung fehle, jedoch die Absicht des Testirers, den Notherben vollständig ausschließen zu wollen, klar am Tage liege, und dieß sey namentlich der Fall, wenn der Testirer seine sämmtlichen Erben einander substituire und hinterher die Enterbung verfüge, weil, wenn die nämlichen Personen instituirt und substituirt sind, die auch nur

datus ab utroque remotus est *secundum Scaevolae sententiam, quam puto veram.*" — Ausgemacht war dieß also früher nicht, und noch weniger waren es die im Texte folgenden Fälle.

57) L. 3. §. 5. D. *h. t.* „In eo, *qui miscuit duos gradus*, exheredationem valere Mauritianus recte putat, veluti: *Primus heres esto ex semisse; si primus heres non erit, secundus ex semisse heres esto. Tertius ex alio semisse heres esto. Filius exheres esto. Si tertius heres non erit, quartus heres esto; nam ab utroque gradu summotus est.*"

bei einem Grade ausgesprochene Enterbung sich nothwendig immer auf beide Grade beziehen müsse[58]). — Interpretirt man dieß Rescript strenge, so muß man freilich sagen: In der Regel bezieht sich die hinter allen Erben und Substituten ausgedrückte Enterbung blos auf den Zuletztgenannten; nur eine ausdrücklich auf das Gegentheil gerichtete Erklärung des Testirers, oder eine nach logischen Regeln vorliegende Unmöglichkeit einer andern Willensmeinung desselben kann hieran etwas ändern[59]). Indessen nach dem Geiste des zur Zeit der spätern juristischen Klassiker herrschenden Rechts dürfte die Ansicht den Vorzug verdienen, wonach eine an's Ende gestellte Enterbung in der Regel stets auf alle Grade zu beziehen ist[60]). Fragen wir nämlich nach dem

58) L. 1. Cod. *de liberis praeteritis.* (VI. 28.)

59) Dieß ist die Meinung von *Hugo* Donellus ad L. 1. C. *de lib. praeteritis.* Nr. 5. *Jac.* Cujacius ad L. 3. §. 2. D. *h. t.* (opp. prior. ed. Par. T. I. p. 1080.). *Jac. de la* Lande Exercitatio in Tit. Cod. *de liberis praeteritis* ad L. 1. in f. (bei Meermann T. IV. p. 393.) *Jos.* Finestres de lib. et postumis P. IV. C. II. §. 29. 30. Westphal von Testamenten u. s. w. §. 589. Glück im VII. Bde. d. Commentars S. 279. Valett Abhandlungen 4te Abh. §. 7. 8. S. 174 fgg.

60) Finestres (a. a. O. §. 29.) nennt dieß die gemeine Meinung, und das war sie in einer frühern Zeit allerdings unbedenklich. S. Azo in Summa Cod. ad tit. *de lib. praeteritis*, ferner die Accursische Glosse ad L. 1. *eod. t.*, Bartolus, Baldus, Salicetus u. a. Juristen dieses Zeitalters ad *eand. l.* *Alex.* Tartagnus in Summa ad h. l. Hotomani Comment. ad L. 3. §. 2. D. *h. t.* (in Schol. ad LXX. Titt. D. et C. p. m. 114.) — Unter den Neuern *Sam.* Stryk in Cautelis testament. C. IX. §. 15. Foerster l. l. P. I. §. 14 p. 62. Francke Notherbenrecht S. 70 fg.

Grunde, aus welchem dieß überhaupt bezweifelt werden konnte, so läßt sich hierauf nur die Antwort geben: Eine solche Enterbung könne allenfalls so verstanden werden, daß der Notherbe nur dem zuletzt Genannten unbedingt nachstehen soll. Aber war dieß nicht auch alsdann der Fall, wenn die Enterbung zwischen die beiden Grade gestellt war, und vollends in dem Falle, wenn der Testirer den Institutionsgrad und Substitutionsgrad durcheinander gemischt und die Enterbung vor dem zuletzt Genannten Substituten ausgesprochen hatte? Und doch tragen die klassischen Juristen kein Bedenken, dieß für vollkommen gültig und wirksam zu erklären. Gestritten werden konnte allerdings noch über einzelne Fälle, da der Grundsatz selbst, daß Enterbungen strenge zu interpretiren seyen (ein Grundsatz, welcher ohne Zweifel früher auch hier in seiner vollen Bedeutung galt), ja im neuesten Rechte noch bestand. Daher erklärt es sich denn auch, daß es hierüber zu Anfragen bei den Kaisern kommen konnte. Aber etwas der im Vorstehenden entwickelten Ansicht Widerstreitendes enthält das angeführte kaiserliche Rescript nicht; es bestätigt vielmehr die hier längst schon sich offenbarende Hinneigung zu einer Interpretation, wobei der Wille des Redenden mehr gilt, als der Buchstabe.

Es darf aber ein Fall, welcher sich in unsern Rechtsquellen nicht besonders berücksichtigt findet, nicht mit Stillschweigen übergangen werden, wenn nämlich mehrere Substitutionsgrade vorhanden sind, die Enterbung aber nur zwischen den Substitutionen ausgesprochen ist. Die Verfügung lautet z. B. so: Ich setze den A. zum Erben ein, sollte er mein Erbe nicht seyn wollen oder können, so substituire ich ihm den B.; mein Sohn soll enterbt seyn; im Falle auch der B. mein Erbe nicht

werden würde, substituire ich ihm den C. Francke nimmt an, daß die Enterbung zwar auf alle Grade sich beziehen würde, wenn sie gleich nach der Einsetzung vor den Substitutionen ausgesprochen sey, „quia inter duos gradus exheredatus ab utroque summotus est“[61]) nicht aber in dem Falle, wie wir ihn oben gestellt haben, indem durch die enge Beziehung auf den Grad, in dessen Mitte die Ausschließung sich findet, der Enterbte von den übrigen Graden getrennt sey[62]). Auf den ersten Anblick hat dies wohl Manches für sich. Denn da hier eigentlich zwei Einsetzungen und zwei Substitutionen sich finden, so stehen zunächst nur A. und B., und dann wieder B. (als secundus institutus) und C. mit einander in Verbindung, so scheint denn also in unserem Falle der Enterbte in Beziehung auf den Institutus (A.) präterirt zu seyn. Doch würde alsdann die Consequenz erfordern, ein Gleiches auch in dem ersten Falle anzunehmen, da die Stelle, worauf Francke sich bezieht, ja nur von zwei Graden spricht, hier aber drei Grade vorhanden sind. — Indessen soll hier einmal überhaupt keine streng buchstäbliche Interpretation gelten, so läßt sich die Behauptung sehr wohl rechtfertigen, daß auch die zur Frage stehende Verfügung als vollständige und auf alle Grade sich beziehende Enterbung anzusehen sey, soferne nicht aus besonderen Gründen sich Beschränkungen ergeben. Durch eine Combination der beiden oben begründeten Sätze, erstlich, die zwischen zwei Grade gestellte Enterbung ist giltig, und zweitens, auch die am Ende ausgedrückte ist es, — läßt sich dieß Resultat sogar streng juristisch deduciren. Denn nach dem ersten Satz ist die Enterbung

61) L. 3. §. 4. D. *h. t.*

62) Francke a. a. O. S. 71.

in Ansehung des letzten Substitutus für rechtsbeständig zu halten, nach dem zweiten ist sie es hinsichtlich des Institutus. Zur Unterstützung dieser Ansicht darf man sich allenfalls auch noch darauf berufen, daß überhaupt der zweite Substitut auch als Substitut des eingesetzten Erben betrachtet werden kann; denn wenn der Erste vor dem instituirten Erben wegfällt, so ist doch das Recht des Zweiten so wirksam, als wäre er diesem unmittelbar substituirt [63].

Ich trage daher kein Bedenken anzunehmen, daß schon nach dem Pandektenrechte eine allgemein ausgedrückte Enterbung regelmäßig als eine vollständige, d. h., auf alle Grade sich beziehende angesehen werden müsse, an welcher Stelle die Enterbung auch ausgesprochen werde; falls nicht der Ausdruck selbst auf eine Beschränkung hinweist, oder wenigstens die Absicht des Testirers zweifelhaft macht [64]. Denn auch in dem letzteren Falle greift freilich hier die Regel ein: exheredationes non esse adjuvandas, wonach denn im Zweifel nicht für, sondern gegen den Rechtsbestand einer Enterbung zu entscheiden ist. Ganz unbedenklich würde daher die Enterbung nur auf den zweiten Grad zu beziehen seyn, wenn der Testirer sich so ausgedrückt hätte: Titius soll mein Erbe seyn, und, falls er es nicht werden würde, der Cajus ihm substituirt seyn; diesem ziehe ich in jedem Falle meinem Sohne vor, den ich hiedurch enterbe.

Eine Enterbung von allen Graden ist aber alsdann gar nicht nöthig, wenn der Notherbe selber instituirt ist.

63) L. 27. L. 41 pr. D. *de vulg. et pupill. substitutione.* (XXVIII. 6.)

64) Dieß wird auch von den in der Note 59. angef. ältern Schriftstellern angenommen.

L. 14. §. 1. D. *h. t.* (AFRICANUS Libro IV. Quaest.) „Quod vulgo dicitur, eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere, non usque quaque verum esse ait; nam si primo gradu heres institutus sit filius, non debere eum a substitutis exheredari. Ideoque si filio et Titio heredibus institutis, Titio Mevius substitutus sit, omittente Titio hereditatem, Mevium eam adire posse, quamvis filius secundo gradu [65]) exheredatus non sit." — Ob ihm selbst Substituten ernannt sind, oder seinen Miterben, ist hier gleichgiltig; genug, wenn er nur eingesetzt ist. — Eine merkwürdige Einschränkung macht hierbei FÖRSTER. Er meint, daß noch zu unterscheiden sey, ob der Sohn den Vater überlebt und dann die Erbschaft ausschlägt, oder ob derselbe vor dem Vater stirbt. Im ersten Falle komme AFRIKAN's Entscheidung unbedingt zur Anwendung, da die Erbfolge aus dem Testament giltig mit dem Institutionsfall begonnen habe. Im zweiten Falle dagegen könne die Substitution in der Regel nicht gelten, weil hier das Erbrecht erst von dem Substitutionsgrade anfange, außer wenn der Sohn Miterben habe, und dieser den Anfall der Erbschaft erlebe, das Recht selbst aber ausschlage. Er räth daher der Sicherheit halber, den eingesetzten Sohn stets von den folgenden Graden zu enterben, „ne alias, peremto priori gradu, successio a posteriori gradu incipere nequeat" [66]). Indessen ist nicht der geringste Grund zu einem solchen Unterschiede vorhanden. Der Erblasser hat seiner Pflicht gegen die Notherben durch

65) Cod. Lips. Senat. u. HALOANDER lesen ex secundo gradu; indessen ist eine Abweichung von der Florentinischen Lesart hier nicht nöthig.

66) FOERSTER l. l. p. 76 sq. Nr. ...

deren Einsetzung Genüge geleistet; in Ansehung des Rechts ihnen Miterben zu ernennen, oder vulgariter zu substituiren, ist er auf keine Weise eingeschränkt. Macht er hievon Gebrauch, so bestehen diese Anordnungen nur durch sich selbst, die Substituten des Sohnes treten daher allemal an dessen Stelle, wenn er selbst ihnen nicht weiter im Wege steht; auf den Grund seines Wegfallens kann hierbei nichts ankommen. Zum Ueberfluß läßt sich dieß auch direkt aus einer Stelle Ulpian's, der L. 4. §. 2. D. *de heredib. inst.* erweisen: „Sed et si filio sub conditione, quae in ejus potestate est, herede instituto [67]), nepos sit substitutus sive extraneus, puto filio non extiturum heredem substitutum, post mortem vero extiturum, nec necessariam a substituto filio exheredationem, quum etsi fuerit facta, frustra sit; post mortem enim filii facta est, quam inutilem esse alias ostendimus. Opinamur igitur, filium, si sit institutus sub ea conditione, quae sit in ejus potestate, non indigere exheredatione a sequentibus gradibus; alioquin et a coherede indigebit“ [68]). — Hier wird also zuvörderst der Satz in unbedingter Allgemeinheit ausgesprochen: Wenn der Sohn auf eine an sich zulässige Weise (also auch wenn er unter einer Potestativbedingung) eingesetzt ist, so bedarf es einer Enterbung von den Substituten so wenig, als von etwaigen Miterben; der Sohn steht, wenn er lebt, den Substituten im Wege, ist er nicht mehr am Leben, so

67) So liest auch der Leipziger Codex. Die besonders in ältern Drucken sich findende Lesart: *heredi substituto* ist offenbar fehlerhaft.

68) d. h. sonst müßte ja der Sohn auch von seinem eignen Miterben enterbt werden.

treten sie an seine Stelle [69]. Demnächst aber wird noch ausdrücklich bemerkt, daß eine Enterbung von den Substituten hier nicht einmal giltiger Weise geschehen könne; es würde darin eine unzulässige exheredatio post mortem liegen, da der lebende Sohn ja nach dem Willen des Testirers die Substituten ausschließen soll [70].

Es genügt ferner eine Enterbung des Sohns blos von dem ersten Grade, wenn er selber im zweiten instituirt (also substituirt) ist [71]. War er aber in einem solchen Fall von dem ersten Grade nicht enterbt, so würde nach der strengeren Ansicht das Testament für ungiltig zu achten seyn, da der Notherbe ja ein Recht hat, im ersten Grade auf gehörige Weise (durch Einsetzung oder Enterbung) berücksichtigt zu werden. Indessen nach dem praktischen Rechte schadete dieß dem Testamente nicht, wie wir gleich sehen werden.

Unter den Juristen-Schulen herrschte nemlich darüber Streit, ob das ganze Testament nicht gelte, wenn der Sohn nicht gehörig von den Graden enterbt worden sey, oder ob blos der Grad wegfalle, in Beziehung auf welchen er präterirt worden. Die Meinung der Sabinianer, welche sich für letzteres entschieden, siegte. Angenommen nun,

69) Da hier der Sohn unter einer Potestativbedingung ernennt war, so wird er zwar nicht ipso jure Erbe, folglich treten die Substituten ein, wenn jener auch erst nach dem Vater stirbt, ehe die Bedingung erfüllt ist; allein schon der Allgemeinheit der Bestimmung wegen ist nicht anzunehmen, daß Ulpian blos diesen Fall meinte; daß er aber an eine omissio hereditatis von Seiten des Sohns überall nicht dachte, ergiebt sich wohl aus der Stelle deutlich genug.

70) S. Francke Notherbenrecht S. 71. u. f. f.

71) Foerster l. l. p. 77. Nr. 2.

der Sohn ist von dem ersten Grade präterirt, von dem zweiten gehörig enterbt, beim Anfall der Erbschaft aber existirt der eingesetzte Erbe nicht mehr (primus gradus peremtus est), so treten nun die Substituten ein, als wären sie im ersten Grade instituirt: „*Sabinus* et *Cassius* et *Julianus* putant, peremto primo gradu testamentum ab eo gradu exordium capere, unde filius exheredatus est. Quae sententia comprobata est“ [72]).

Diese anerkannte Regel nun: Nicht das ganze Testament ist ungiltig, sondern nur der Grad gilt nicht, in Beziehung auf welchen die Präterition erfolgt ist, zeigt sich denn auch insonderheit für den Fall von Wichtigkeit, wenn der Notherbe im ersten Grade präterirt, im zweiten eingesetzt, also dem ersten Erben substituirt ist. Denn da der erste Grad als gar nicht vorhanden angesehen werden muß, so findet sich der Sohn jetzt an der ersten Stelle instituirt, ist mithin Erbe aus dem Testamente. L. 75. D. *de heredib. instit.* (*Papinianus* Lib. XII. Quaest.). „Si filius substituatur ei, quo praeteritus est, non ut intestati patris, sed ex testamento habebit hereditatem, quoniam et quolibet alio substituto, si fuisset ab eo exheredatus, inde testamentum inciperet, ubi filius esset exheredatus“ [73]).

72) L. 3. §. 6. D. *h. t.* — In andern Pandektenstellen wird daher auch geradezu die Regel aufgestellt: Eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere, oder, nullius esse momenti. L. 14. §. 1. D. *h. t.* L. 43. §. 2. D. *de vulg. et pupill. substitutione.* — Vgl. auch L. 8. §. 5. D. *de B. P. contra tabulas.*

73) Einen andern hieher gehörigen Fall trägt Paulus vor in der L. 43. §. 2. D. *de vulg. et pupill. substitutione*

Aber auch alsdann wird die Regel angewandt, wenn der Notherbe vom ersten Grade exheredirt, vom zweiten präterirt ist. So lange also der gehörig eingesetzte Grad noch zur Erbschaft gelangen kann, hat der Notherbe an dieselbe keinen Anspruch, fällt jener weg, so tritt nunmehr sein Recht ein. Der zweite Grad bleibt allemal ausgeschlossen, da er von Anfang an nicht gilt. Gesetzt also, es wäre der erste Erbe unter einer Bedingung eingesetzt, welche beim Anfall der Erbschaft schwebte, später aber wegfiel, oder der Erbe schlägt die Erbschaft aus, so hilft dieß dem Substituten auch selbst in dem Falle nichts, wenn zu der Zeit, wo sich jenes ereignet, der Präterirte gar nicht mehr am Leben ist. Die an sich nichtige Substitution kann dadurch nicht giltig werden; es tritt also Intestaterbfolge ein [74].

„Lucius Titius cum haberet filios in potestate, uxorem heredem scripsit et ei substituit filios. Quaesitum est: an institutio uxoris nullius momenti sit eo, quod ab eo gradu filii non essent exheredati? Respondi: Eum gradum, a quo filii praeteriti sint, nullius esse momenti, et ideo, cum iidem substituti proponantur, ex testamento eos extitisse heredes videri &c. quia non totum testamentum infirmant filii, sed tantum eum gradum, qui ab initio non valuit, sicut responsum est, si a primo filius sit praeteritus, a secundo exheredatus. Nihil autem interest, qua ratione secundi heredis institutio valeat, utrum, quia ab eo filius exheredatus est, an quia filius ipse substitutus est.“ — In dieser Stelle findet sich also unsere Regel nach ihren beiden Hauptbeziehungen erklärt und angewandt. Vgl. auch Cujacii Comment. in Lib. IX. Quaest. Pauli ad h. l. (opp. postum. ed. Par. T. II. p. 1119.)

74) L. 8. D. h. t. (Vgl. Bd. VII. d. Comment. S. 381. Nr. b.) — Hieher gehört auch die Aeußerung Ulpians in der L. 4.

In einem Falle soll, nach der Meinung der Glosse, die auch nur von einem oder dem andern Grade geschehene Ausschließung die ganze Verfügung null und nichtig machen: wenn nämlich der Testirer ausdrücklich bestimmt hätte, er schließe den Notherben nur in Beziehung auf den einen oder den andern Grad aus; denn dadurch würde der Sohn blos von einem Theile der Erbschaft ausgeschlossen seyn [75], was bekanntlich nicht angeht (s. oben Num. 5.). Indessen kann man dieß nur zugeben, wenn der Erblasser die Enterbung blos in Beziehung auf den einen oder den andern Miterben ausgesprochen haben sollte, weil dann der Notherbe allerdings nur von einem Theile enterbt seyn würde. Allein wer von einem ganzen Grade ausgeschlossen ist, ist auch von der ganzen Erbschaft ausgeschlossen, wenn gleich nicht in Beziehung auf alle Fälle. Man darf mithin die Giltigkeit der Regel: Eum gradum non valere, a quo filius praeteritus sit, ohne alle Einschränkung behaupten.

Im Ganzen gilt dieß Recht nun auch für die Fälle, wenn ein Postumus nicht für alle Grade berücksichtigt ist,

D. *de injusto rupto* etc. *testamento*: „Denique et deliberantibus primo gradu scriptis heredibus, qui secundo gradu scripti sunt heredes, obtinere hereditatem non possunt; gradu enim rupto et infirmato, amplius hereditas inde obtineri non potest.“ — Cujacius (ad L. 8. D. *h. t.* p. m. 1084.) meint, daß in dieser Stelle die Worte *defuncto postumo* fehlen. Indessen ist es nicht gerade nöthig, hier an einen präterirten Postumus zu denken, da in dem vorausgesetzten Fall (wenn der Notherbe nur von dem ersten Grade enterbt ist) für den Postumus kein anderes Recht galt, wie für den Lebenden.

75) Glossa ad L. 1. Cod. *de lib. praeteritis*.

Doch findet sich hierbei manches Eigenthümliche, was sich übrigens daraus erklären läßt, daß die Präterition lebender Söhne gleich anfängliche Nichtigkeit des Testaments bewirkt, Postumen aber durch ihr Erscheinen ein an sich giltiges Testament rumpiren.

Es ist auch hier wieder zu unterscheiden:

A) Der Postumus ist von dem ersten Grade enterbt, von dem zweiten präterirt. Dann ist der erste Grad allemal giltig, der zweite ungiltig [76]), und es ist in dieser Hinsicht auch einerlei, ob zu der Zeit, wo der Postumus erscheint, der erste Grad noch besteht, oder schon weggefallen ist, — ob der Postumus vor oder nach dem Tode des Erblassers zur Welt kommt, — und eben so, ob die giltig eingesetzten Erben die Verlassenschaft wirklich erhalten oder nicht. Die Substituten sind durch das Erscheinen des Postumus von der Erbschaft ausgeschlossen, und sie bleiben es auch, wenn gleich der Postumus selber zu der Zeit, wo der erste Grad wegfällt, ihnen nicht mehr im Wege steht; z. B. der erste Erbe schlägt die Verlassenschaft aus, oder die Bedingung, unter welcher er eingesetzt ist, fällt weg, und zwar zu einer Zeit, wo der Postumus schon wieder mit Tode abgegangen ist [77]).

Diese regelmäßige Gleichheit der rechtlichen Wirkungen, wenn ein schon geborner Sohn und ein Postumus in Beziehung auf den zweiten Grad präterirt, von dem ersten dagegen gehörig enterbt sind, bestätigt auch Pomponius in einer Stelle, worin er beide Fälle zusam-

76) L. 3. §. 6. D. *de injusto, rupto etc. test.* — S. hierüber Bd. VII. d. Comment. S. 182. Note 16.

77) L. 14. pr. D. *h. t.* — S. Bd. VII. d. Comm. S. 181 fgg.

vorstellt [78]). Zuerst trägt er den Fall vor, wenn ein lebender Sohn, der auf diese Weise unvollständig im Testament berücksichtigt war, mit Tode abgeht, während es noch zweifelhaft ist, ob der erste Erbe antreten werde; der Substitut sey doch auf jeden Fall ausgeschlossen, „*quasi ab initio inutiliter institutus, cum ab eo filius exheredatus non sit*.“ Darauf fährt er so fort: Quodsi in postumo filio idem acciderit, *ut natus vivo patre, a quo exheredatus sit, moriatur*, eadem dicenda erunt de substituto, quoniam, cum est natus filius, loco ejus est, qui superstes est.“ Der Sinn dieser Stelle kann nicht zweifelhaft seyn; von dem Augenblick an, wo der Postumus erscheint (will Pomponius sagen) steht ihm dasselbe Recht zu, wie dem Sohne, welcher zur Zeit der Testamentserrichtung schon lebte. Wie sind nun aber die Worte: ut natus vivo patre, a quo exheredatus sit, moriatur zu verstehen? Der Jurist scheint ja hiernach zu sagen: Wenn der Postumus beim Leben des Testirers geboren wird, und auch noch vor demselben wieder stirbt, so wird der zweite Grad rumpirt. Aber muß man alsdann nicht gerade das Gegentheil behaupten? Denn aus einem Testamente, worin ein Postumus präterirt ist, wird ja immer doch noch eine wirksame B. P. secundum tabb. gegeben, wenn der Postumus vor dem Erblasser wieder mit Tode abgeht [79]). Accursius meint, man müsse dieß so verstehen, daß der Postumus zwar beim Leben des Vaters geboren, aber erst nach dem Tode desselben, und während der erste Erbe deliberirte, wieder gestorben sey [80]).

78) L. 8. D. *h. t.*

79) L. 12. pr. D. *de injusto, rupto* etc. *testamento.*

80) Glossa ad L. 8. D. *h. t.* Nr. e.

Diese Meinung wird auch, gegen Cujacius, vertheidigt von Joh. Robert[81]. Indessen wenn diese Interpretation auch nicht schon aus grammatischen Gründen verworfen werden müßte, so würde doch weiter die Frage entstehen, wie Pomponius darauf kam, den Fall so zu stellen, daß der Postumus bereits beim Leben seines Vaters geboren sey? Galt denn etwa nicht das nämliche Recht, wenn der Postumus erst nach dem Tode seines Vaters erschienen wäre? Robert antwortet: Pomponius will hier von zweien in ihren faktischen und rechtlichen Verhältnissen ähnlichen Fällen handeln; eine vollkommene Aehnlichkeit aber ist nur vorhanden, wenn der Postumus schon vor dem Ableben seines Vaters geboren wird, indem hier (eben so wie wenn der lebende Sohn präterirt ist) das Testament noch abgeändert werden konnte. Dieß ist aber so viel als nichts gesagt, falls nicht bewiesen werden kann, daß hier ein anderes Recht für den präterirten Postumus gelte, wenn er erst nach dem Tode seines Vaters erscheint; und diesen Beweis ist Robert schuldig geblieben. Im Wesentlichen mit dieser vermeinten Erklärung übereinstimmend, ist auch die, welche Altamiranus giebt, wenn er gleich ziemlich vornehm bemerkt: „etiam illis verbis retentis *vivo patre* ICtum explicare voluit Jo. Robertus — — Ego ejus explicationem omitto.“ Er glaubt nämlich, der vom Pom-

81) *Jo.* Roberti Animadversionum juris civ. Lib. II. Cap. XIX. (ed. Marpurg. p. 214 sqq.) S. dagegen die Notata ad Animadversiones von *Ant.* Mercator (*Jac.* Cujacius ad Cap. XIX. Lib. II. ebendas. p. 538 sqq. (oder opp. Cujacii postumorum ed. Par. T. VI. p. 67 sq.), auch die Replik von *Jo.* Robertus in den Notis ad Notata Mercatoris Lib. II. Cap. XIX. (ed. Marp. p. 835 sqq.)

vorius angeführte Grund: quasi ab initio inutiliter institutus u. s. w. würde nicht gepaßt haben, ohne vorauszusetzen, es sey der Postumus beim Leben seines Vaters geboren[82]. Allein, auch wenn der Postumus bei des Vaters Leben erscheint, so läßt sich ja noch nicht sagen, es sey nun der Grad, von welchem er präterirt wurde, von Anfang an ungiltig! Immer wird ein an sich giltiger Grad nur rescindirt, und dieß wird er nicht weniger, wenn auch der Postumus erst nach dem Tode des Vaters zur Welt kommt. Sollen beide Fälle wirklich einander verglichen werden können, so muß der zweite so gestellt werden: Der Postumus (gleichviel, ob vor oder nach des Vaters Tode geboren) stirbt, während es noch ungewiß ist, ob der erste Erbe die Erbschaft erwerben werde oder nicht; der zweite Grad ist hier allemal ausgeschlossen, welcher von diesen beiden Fällen auch eintrete. — Aber wie ist dieser Sinn nun mit den obigen Worten (ut natus vivo patre — — moriatur.) zu vereinigen? A. Faber meint: sie seyen ein bloßes Einschiebsel eines „inepti interpretis et parum acuti"[83]. Für diese Voraussetzung giebt es indessen keinen andern Grund, als daß jene Worte allerdings nicht gerade zum Verständniß der Stelle nöthig sind. Alles erwogen dürfte wohl der Vorschlag von Cujacius Billigung verdienen, statt vivo patre zu lesen: vivo primo[84]. Diese Emendation hebt alle Schwierig-

82) *Jo.* Altamirani ad Libr. VI. Quaest. Scaevolae Tract. VI. ad L. 19. D. *de injusto, rupto* etc. *test.* §. 3—8. in Meermani Thesauro T. II. p. 468 sq.

83) *Ant.* Fabri Conjecturar. Lib. VIII. Cap. XX. in f.

84) *Jac.* Cujacii Comment. ad L. 8. D. *de lib. et postumis* (opp. prior. ed. Par. T. I. p. 1084.)

keiten vollständig, sie empfiehlt sich durch ihre große Leichtigkeit[85]) und wird ausserdem noch durch die so gewöhnlich auch selbst in dieser Stelle sonst noch vorkommende Beziehung des a quo exheredatur auf den eingesetzten Erben unterstützt[86]).

Indessen giebt es auch für die Fälle, wo der Notherbe von dem ersten Grade giltig enterbt, von dem zweiten ausgeschlossen ist, einzelne Verschiedenheiten in Ansehung des Rechts der Postumen. — Erstlich ist nämlich kein Grund vorhanden, dem allgemeinen Rechtssatz, daß der eingesetzte Erbe eine wirksame sec. tabb. B. P. erhalte, nicht auch hier anzuwenden, wenn der Postumus vor dem Tode seines Vaters nicht nur geboren wird, sondern auch wieder stirbt[87]). Dann würden also die

85) Denn hier konnten wohl sehr leicht die ähnlichen Abkürzungen für patre und primo verwechselt oder mißverstanden werden „Error natus est (sagt Cujacius l. l.) ex his compendiis: Pre, Pro."

86) Es scheint auch dafür an handschriftlichen Auctoritäten nicht zu fehlen. So bemerkt Hotman ad *h. l.* bei den Worten *natus vivo patre*: „*Vivo priore* sine dubio corrigendum est, vel (*ut nonnulli ex antiquis libris corrigunt*) *vivo primo* (Scholae ad LXX. Titt. D. et Cod. p. m. 122.), und auch bei Russardus findet sich hier die Randbemerkung: „*Vivo primo.*" Qua lectione tollis ingentem dubitationem, quae apud Accursium est."

87) S. Cujacius l. l. Auch Altamiranus (l. l. §. 7. in f.) giebt dieß zu. *Ant.* Faber (l. l.) scheint es aber zu bestreiten; Gründe seines Widerspruchs führt er zwar nicht an. Auch Forrster (l. l. p. 129 sqq.) hält hier die L. 12. *pr. de inj.* etc. *facto test.* nicht für anwendbar. Doch beruft er sich nur auf Stellen, welche von dem Falle handeln, wenn der Notherbe nach der Delation des Erbrechts gestorben ist.

Substituten, deren Einsetzung hier ja nicht gleich anfangs ungiltig, sondern nur rescindirt ist, die Erbschaft erhalten können, sobald der erste Grad weggefallen ist. — Zweitens, wenn Miterben eingesetzt und ihnen Substituten ernannt sind, so wird der ganze erste Grad zerstört, wenn der Postumus erst erscheint, nachdem einer der Miterben bereits weggefallen, mithin das Recht desselben an seinen Substituten gekommen ist. In diesem Falle also wird auch das Recht des noch übrigen Miterben vernichtet, wogegen, wenn bei dem Erscheinen des Postumus die Succession noch vollständig im ersten Grade geschwebt hätte, der wegfallende Erbtheil jure accrescendi an den Miterben, mit Ausschluß des Nachgebornen, fällt. Dieser Unterschied erklärt sich so. Der Postumus zerstört durch sein Erscheinen den Grad, in Beziehung auf welchen er präterirt ist; es kann mithin in dem hier vorausgesetzten Falle die Substitution auch dem Anwachsungsrecht der Miterben nicht im Wege stehen, da sie im Rechtssinne als gar nicht vorhanden zu betrachten ist. Allein da der Grad, von welchem der Postumus präterirt wurde, nicht unbedingt nichtig ist, sondern bis zur agnatio postumi Alles in suspenso bleibt, so kommt es nun darauf an, ob damals das jus accrescendi des Miterben schon ausgeschlossen war oder nicht. Letzteres ist der Fall, wenn beim Erscheinen des Postumus es noch im Ungewissen schwebte, ob beide Miterben die Erbschaft antreten würden. Da durch den Postumus der zweite Grad rescindirt ist, so tritt nunmehr, wenn der erste Grad wegfällt, das gesetzliche jus accrescendi ein. Anders verhält es sich in dem ersten Falle. Hier war beim Erscheinen des Postumus das Recht des wegfallenden Miterben seinem Substituten bereits deferirt,

mithin das jus accrescendi einmal ausgeschlossen; da nun aber der Postumus das Recht der Substituten wieder zerstört[88]), auch nicht theilweise die gesetzliche, theilweise die Intestatsuccession eintreten kann[89]), kommt die Sache dadurch in die Lage, als wenn der Notherbe nur von Einem Miterben enterbt wäre, folglich gilt die ganze Enterbung nicht[90]). Scävola nun, welcher hievon handelt[91]), drückt diesen Grund so aus: „jam enim propter instituti personam, a quo postumus exhe-

88) Dies drückt der Scholiast zu den Basiliken (nach der Uebersetzung von Fabrot) so aus: „Nam substitutio praefertur quidem juri accrescendi, sed inferior est praeterito postumo"; T. V. p. 282. Schol. po

89) *Jac.* Cujacii ad Africanum tract. IV. ad L. 14. D. *h. t.* (opp. prior. ed. Fabr. T. I. p. 1444.)

90) L. 8. §. 3. D. *de B. P. contra tab.* (XXXVII. 4.)

91) L. 19. pr. D. *de injusto, rupto etc. testamento.* Es ist diese Stelle, der Hauptsache nach, schon von Glück Bd. VII. d. Commentars S. 482 fgg. richtig erklärt, auch mit Berücksichtigung der von Scävola L. 19. §. 1. D. cit. vorgetragenen Ausnahme, daß nämlich alsdann die Enterbung vom zweiten Grade nicht erfordert werde, wenn die Miterben einander wechselseitig substituirt sind. Jedoch fehlt es der Glück'schen Erklärung eben so sehr an Deutlichkeit als an gehöriger Begründung. — Warum übrigens in dem von Scävola in der L. 19. pr. cit. und in dem verwandten von African in der L. 14. pr. D. *h. t.* referirten Falle gerade vorausgesetzt werden soll, wie fast von allen Auslegern angenommen wird, daß jedem Miterben ein anderer substituirt sey, ist wohl schwer zu sagen. Der Ausdruck der hieher gehörigen Stelle so wenig, als die Natur der Sache erfordern dies; nach beiden muß vielmehr dasselbe Resultat eintreten, wenn auch nur Einer, jedoch jedem Miterben besonders, substituirt ist. — Valett Abhandl. S. 177. §. 184

redatus est, in cujus locum substitutus vocatur, a quo postumus exheredatus non est, ruptum est testamentum"; d. h., weil in das Recht des Miterben ein Substitut eingetreten ist, in Ansehung dessen der Postumus präterirt war, so ist der Notherbe eigentlich nur von Einem Erben gehörig ausgeschlossen, daher fällt das ganze Testament über den Haufen.

B) Ist der Postumus von dem ersten Grade präterirt, von dem zweiten enterbt, so muß unterschieden werden, ob der erste Grad zu der Zeit, wo der Postumus erscheint, schon weggefallen ist, oder nicht. In jenem Falle wird ebenfalls nur der weggefallene Grad als gar nicht vorhanden angesehen, mithin erhalten die Substituten gleichsam als wären sie Erben des ersten Grades die Verlassenschaft. Im zweiten dagegen zerstört der Postumus nicht blos das Recht des ersten, sondern auch das des zweiten Grades. „Rumpendo autem testamentum *sibi locum facere postumus solet*, quamvis *filius* sequentem gradum, a quo exheredatus est, patiatur valere"[92]. Der Grund, weshalb hier die Präterition des Postumus nachtheiliger für das Testament wirkt, wie das der lebenden Söhne, ist folgender. Die Uebergehung der Letzteren erzeugt unbedingte Nichtigkeit des Grades, von welchem sie präterirt sind;

92) L. 5. in f. D. *de injusto* etc. *facto testamento*. Nach dem im Texte aufgestellten Gegensatz fügt der Jurist zur Erläuterung dessen, was über das Recht des Postumus bemerkt war, Folgendes hinzu: „Sed si a primo gradu praeteritus, a secundo exheredatus sit, si eo tempore nascatur postumus, quo aliquis ex institutis vixit, totum testamentum ruptum est, *nam tollendo primum gradum sibi locum faciet*."

dieser Grad also hat im Rechtssinne nie existirt, folglich wird nur der giltige Grad beachtet. Der Postumus dagegen rumpirt ein an sich giltiges Testament. Da nun agnatione postumi ein Testament seinem ganzen Inhalte nach zerstört wird [93]), so können auch die folgenden Grade nicht bestehen bleiben, wenn gleich in Ansehung ihrer der Postumus gehörig enterbt seyn sollte [94]). Daraus folgt denn weiter, daß, wenn der Postumus vom ersten Grade enterbt, vom zweiten übergangen und vom dritten wiederum enterbt ist, der erste Grad aber wegfällt, alsdann nicht blos der zweite, sondern auch der dritte Grad durch den Postumus aufgehoben wird. Itaque

93) L. 1. in f. Cod. *de postumis heredib. instituendis*: „Ex rupto autem testamento nihil deberi neque peti posse, explorati juris est." L. 15. in f. D. *de injusto* etc. *facto testamento*: „non puto dubium esse, quin — — testamentum rumpatur; sequitur ergo ut ex eo testamento hereditas ad neminem perveniat."

94) Glossa Accursii ad L. 3. §. 6. D. *h. t.* not. *o.* Cujacius ad Africanum Tractatus IV. ad L. 14. D. *h. t.* (opp. prior. ed. Par. T. I. p. 1343.) *Ant.* Faber Conjectur. Lib. VIII. Cap. XX. Ejusd. Errores Pragmat. Dec. XXX. error. II. Pothier Pand. Justin. T. II. p. 188. not. d. Bayer Abh. S. 181 fg. — Anders (jedoch höchst ungegründet) sucht Ant. Merenda Controvers. jur. Lib. IV. Cap. XXIV. §. 8. n. 9.) die Sache zu erklären. Er meint, wenn der Vater seinen lebenden Sohn erst bei dem zweiten Grad enterbe, so habe er dadurch einen begangenen Irrthum wieder gut machen, also selbst erkennen geben wollen, das Testament sey erst von diesem Grade an giltig. Beim Postumus dagegen lasse sich ein veränderter Wille des Testirers wenigstens nicht mit Sicherheit vermuthen, da ja der erste Grad auch ohne daß der Postumus von ihm enterbt sey, einstweilen gelte!

(fährt African in der L. 14. pr. D. *h. t.* fort) si a primo gradu exheredatus, a secundo praeteritus, a tertio exheredatus sit, et viventibus primis et deliberantibus decedat, quaeri solet, omittentibus primis aditionem, utrum ad eos, qui tertio gradu scripti sint, an potius ad legitimos heredes pertineat hereditas? quo et ipso casu rectius existimari putavit, ad legitimos eam pertinere." Hieran knüpft er denn, gleichsam zur Erläuterung, noch folgende Bemerkung: „nam et cum duobus heredibus institutis, et in singulorum locum facta substitutione, a primis exheredatus postumus, a secundis praeteritus fuerit, si alter ex institutis omiserit, *quamvis postumus excludatur*, non tamen magis substitutum admitti"[95]. Die Worte quamvis postumus excludatur erklären die Glosse[96], Cujacius[97]) und Andere[98]) von dem Wegfallen des Postumus durch den Tod; wenn also während der Deliberationszeit der Postumus wieder mit Tode abgehe, und nun einer der Miterben wegfalle, so sey das Recht den Intestaterben deferirt. Allein nicht zu gedenken, wie unpassend dafür der Ausdruck gewählt seyn würde, so stehen dieser Erklärung doch auch noch andere Gründe entgegen. Erscheint nämlich der Postumus schon während das Successionsrecht noch im ersten

95) Man vergl. hiermit den von Scävola in der L. 19. pr. D. *de injusto etc. facto test.* vorgetragenen Fall. S. oben S. 445 fg.

96) Vivianus in casu ad *h. l.* in f.

97) l. l. p. 1344.

98) z. B. Pothier Pand. Just. Tit. *de lib. et postumis.* Nr. XXXVIII. T. II. p. 187. not. e. Westphal von Testamenten u. s. w. S. 470. Foerster l. l. p. 129. not. 58.

Grade schwebt, und es fällt dann einer von den Miterben aus, so accrescirt sein Recht dem andern Miterben (s. S. 445 fg.). Von einem solchen Falle nun muß die Stelle verstanden werden, und dazu passen denn die Worte: quamvis postumus excludatur vollkommen; das Recht des Substituten, sagt African, ist allemal durch das Erscheinen des Postumus vernichtet, wenn gleich dieser selbst jure accrescendi von den Miterben ausgeschlossen wird[99]). Für die gewöhnliche Ansicht scheinen freilich folgende Gründe zu sprechen, einmal, daß unmittelbar vor dem Erläuterungssatze („Nam cum et duobus heredibus institutis" u. s. w.) von einem Falle die Rede ist, wo die Erbschaft an die Intestaterben fiel, sodann aber, daß der Fall, welchen Scävola in der L. 19. D. cit. fast mit den nämlichen Worten, wie hier African referirt, sehr gut zu dem Hauptinhalte der Stelle paßt; es ergiebt sich daraus nämlich, daß, sobald die Succession einem ungiltigen Grade deferirt ist, auch selbst ein giltiger Grad durch den Postumus vernichtet werden kann. Allein daß African hieran nicht dachte, beweisen wohl die Schlußworte: „non tamen magis substitutum admitti." Ueberdieß ist der vorausgehende Fall wesentlich von dem am Schlusse vorgetragenen verschieden, indem dort vorausgesetzt wird, die giltig eingesetzten Erben schlugen sämmtlich die Erbschaft aus, hier dagegen, daß dieß nur von Einem geschehen sey. In jenem Falle muß allerdings stets die Intestaterbfolge eintreten, in diesem aber nur dann, wenn der Postumus erst zu einer Zeit erscheint, wo theilweise schon das Recht dem zweiten Grade deferirt war.

99) *Fr.* Hotmani Comment. in h. l. p. m. 123.

Soll aber irgend ein Zusammenhang zwischen beiden Fällen statt finden, so muß auch bei dem zweiten angenommen werden, der Postumus sey erschienen, während noch einer der Miterben deliberirte; alsdann wird er selbst sowohl, als der Substitut durch das Anwachsungsrecht des andern Miterben ausgeschlossen. African wollte also am Schlusse wohl nur den Hauptgrundsatz hervorheben, worauf es bei allen in der Stelle vorgetragenen besondern Fällen ankommt: Das Recht des Substituten, von welchem der Postumus präterirt ist, (und also auch folgeweise das des spätern Grades) wird allemal vernichtet, wenn gleich der Postumus ehe sein Recht wirksam geworden ist, wieder wegfällt, oder sonst ausgeschlossen wird.

Eine besondere Erwägung verdient noch der Fall, wenn der Erbe, von welchem der Postumus präterirt ist, unter einer Bedingung eingesetzt wird. Erscheint hier der Postumus pendente conditione, so rumpirt er das Testament allemal vollständig, also auf die folgenden Grade. Denn solange die Möglichkeit Erbe zu werden, für den Institutus statt findet, ist die Erbschaft dem Substituten noch nicht deferirt, folglich hat der Postumus bei seinem Erscheinen es nicht mit diesem, sondern mit jenem zu thun. Ein Gleiches gilt alsdann, wenn die Bedingung damals schon eingetreten war, nicht so, wenn der Postumus erst nach dem Wegfallen der Bedingung geboren wird; denn da alsdann der erste Grad als gar nicht vorhanden zu betrachten ist, so fängt hier die testamentarische Erbfolge mit der Substitution an. Von diesen Fällen handelt die L. 5. D. *de injusto* etc. *facto testamento*: „Nam et si sub conditione sit heres institutus quis, a quo postumus non est exheredatus, tamen pen-

dente conditione rumpitur gradus, ut et *Julianus* scripsit. *Sed etsi*[100]) *sit ei substitutus quis, etiam deficiente conditione primi gradus non admittetur substitutus, a quo sc. postumus exheredatus non est.* Puto igitur, existente conditione primi gradus postumo potius locum fore; post defectum autem conditionis natus postumus gradum non rumpit; *quia nullus est.*" — Cujacius nun glaubt, daß der Satz: Sed et si ei substitutus quis — — — exheredatus non est, von dem Falle zu verstehen sey, wenn der Postumus während des Schwebens der Bedingung geboren werde, und will daher mit Weglassung des *non* gelesen wissen: a quo sc. postumus exheredatus est [1]). Ihm stimmen unter Andern bei Pothier [2]), Glück [3]) und Förster [4]). Indessen bedarf

100) Cod. Lips. Senat. liest Sed si ohne et; doch scheint das et durch Correctur vernichtet zu seyn. Die Partikel *et* stört das leichtere Verständniß der Stelle etwas, obwohl es dem in der folgenden Erklärung der Stelle beigelegten Sinn keineswegs widerstreitet. Haloander liest statt des folgenden *etiam*: tamen, vermuthlich des bessern Gegensatzes von Sed et si wegen. Versteht man die Stelle recht, so ist die Florentinische Lesart etiam in jedem Falle vorzuziehen.

1) Tract ad Afric. IV. p. m. 1343. — Er beruft sich darauf, daß die Negation auch in den Basiliken fehle. Allein hier findet sich der in Frage stehende Satz überall nicht; sondern es heißt nur: auch der Substitut falle weg, wenn der Postumus pendente conditione geboren werde; und dieß ist auch ganz richtig.

2) l. l. p. 188. not a.

3) Bd. VII. d. Comment. S. 284. Note 21.

4) l. l. p. 131. not. 60.

es einer solchen Emendation nicht. Ulpian stellt im Eingange die allgemeine Regel auf, daß die Einsetzung des Instituts jedenfalls vernichtet werde, wenn der Postumus pendente conditione erscheint. Er bemerkt dann weiter: auch der Substitut könne ausgeschlossen werden, selbst wenn der Postumus erst nach weggefallener Bedingung geboren werde, so fern er nämlich in Beziehung auf den Substituten ebenfalls präterirt ist. Was aber das Wegfallen des Substituten wegen Ruption des ersten Grades anbelange (— also auch für den Fall, wenn in Ansehung des Substituten der Postumus gehörig enterbt ist, so komme es auf den Unterschied an, ob bei der Geburt des Postumus die Bedingung schon eingetreten sey oder nicht. — So hängt alles sehr gut, und viel besser zusammen, als wenn man die Negation aufhebt [5]).

Daß übrigens auch dem Notherbenrecht eines Postumus völlig genügt ist, wenn derselbe zuerst eingesetzt, von dem Substituten aber präterirt, oder wenn er vom ersten Grade gehörig enterbt und selber substituirt wird, leidet keinen Zweifel; und eben so wenig braucht er von seinem eignen Miterben enterbt zu werden [6]). Unbestimmt ist der Fall gelassen, wenn der Postumus vom ersten Grade präterirt, im zweiten aber eingesetzt ist. Nach strenger Consequenz muß man sagen: Der Postumus zerstört das ganze Testament, mithin kann

5) Dieß scheint auch die Ansicht von *Jo.* Altamiranus zu seyn, ad Libr. VI. Quaest. Scaevolae Tract. VI. §. 9. (bei Meerman T II. p. 469.), obwohl er es derselben an aller Begründung fehlen läßt.

6) Foerster l. l. p. 127 sq. nr. 1. 2.

auch seine eigne Einsetzung keine Wirkung haben. Indessen findet er sich doch immer eingesetzt und Niemand macht ihm die Succession aus dem Testamente streitig. Hier muß also jedenfalls das auf einem allgemeinen Billigkeitsprincip beruhende Edict: Si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem zur Anwendung kommen, der Postumus also die Vermächtnisse zahlen, auch wenn er von seinem Intestaterbrecht Gebrauch machen will [7]).

7) Fordtran l. l. p. 131 sq. nr. 5.



